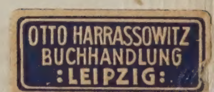

349.3
Ab46
UNIVERSITY
OF ILLINOIS
LIBRARY




OTTO HARRASSOWITZ
BUCHHANDLUNG
:LEIPZIG:



ABHANDLUNGEN ZUR ANTIKEN RECHTSGESCHICHTE

FESTSCHRIFT FÜR
GUSTAV HANAUSEK

ULR. MOSERS BUCHHANDLUNG (J. MEYERHOFF), GRAZ



FESTSCHRIFT FÜR GUSTAV HANAUSEK

ABHANDLUNGEN ZUR ANTIKEN RECHTSGESCHICHTE

FESTSCHRIFT

FÜR

GUSTAV HANAUSEK

ZU SEINEM

SIEBZIGSTEN GEBURTSTAGE
AM 4. SEPTEMBER 1925

ÜBERREICHT

VON SEINEN FREUNDEN UND SCHÜLERN





ULR. MOSERS BUCHHANDLUNG (J. MEYERHOFF), GRAZ

UNIVERSITÄTS-BUCHDRUCKEREI „STYRIA“, GRAZ

HOCHVEREHRTER HERR HOFRAT!

Eine große Zahl von Freunden, Schülern und Verehrern hatte sich schon vor längerer Zeit geeinigt, Ihnen zum siebzigsten Geburtstag eine umfangreiche Festschrift darzubringen. Darunter waren Vertreter der verschiedenen Zweige der Rechtswissenschaft. Denn das ist vielleicht das hervorstechendste Merkmal Ihrer wissenschaftlichen Persönlichkeit und eine der bedeutendsten Seiten Ihrer Lehrtätigkeit: Sie sind nicht nur der gelehrte Vertreter einer einzelnen Disziplin, der Übermittler eines bestimmten, begrenzten Lehrstoffes; Ihr Wirkungskreis als Lehrer reicht wesentlich weiter. Die Rechtsidee, das Rechtsgefühl beherrscht völlig Ihr Wesen. „Jus est ars aequi et boni.“ Der Sinn für Billigkeit im alten weiten Sinn, ein seltenes Maß überquellender Güte und die Kunst der Anwendung dieser Gaben auf die Verhältnisse des Lebens machten Sie zu einem hervorragenden Vertreter des Rechtes, und Ihr weiter Blick ließ diese Eigenschaften auf alle Gebiete des Rechtslebens ausstrahlen. So waren Sie, der Sie zugleich stets ein warmfühlendes Herz für die aka-

demische Jugend bekundeten, auch in besonderem Maße dazu ausersehen, die Jugend je nach ihren Neigungen auf den verschiedenen Gebieten der Rechtswissenschaft für diese zu begeistern, und Sie haben der Rechtswissenschaft Jünger auf allen ihren Zweigen gewonnen. Auf österreichischen und auf ausländischen Universitäten wirken Ihre Schüler.

Die Vollendung des siebzigsten Lebensjahres bedeutet für den österreichischen Hochschullehrer offiziell den Abschluß seiner Lehrtätigkeit. Die Frische, die Ihnen nicht zum mindesten wohl gerade Ihre innige Fühlung mit der akademischen Jugend bewahrt hat, wird Sie hoffentlich bestimmen, noch weiter Ihres Lehramtes zu walten. Denn dieses ist Ihnen nicht nur Amt, sondern Herzenssache. Gleichwohl wollten Ihre Schüler die Gelegenheit benützen, gerade durch Beiträge aus den verschiedenen Rechtsgebieten, die Sie unmittelbar oder mittelbar befruchtet haben, die Vielseitigkeit Ihres Wirkens zu zeigen. Die Notlage der deutschen Wissenschaft ließ diesen Plan nicht zur Ausführung bringen. Nur um so dankbarer mußten wir sein, daß sich ein Verlag bereit gefunden hat, ohne Beachtung des wirtschaftlichen Erfolges die vorliegende Ehrengabe aus dem Hauptgebiet Ihrer Lehrtätigkeit uns zu ermöglichen. Jene Ihrer Schüler, die sich an dieser Festschrift nicht schriftstellerisch beteiligen konnten, möchten Ihnen durch dieses Blatt bekunden, daß ihre Verehrung und Dankbarkeit für ihren Lehrer nicht minder groß ist.

Sie haben durch Ihr Wirken insbesondere auch unserer heimischen Universität und damit dem Lande Steiermark einen großen Dienst erwiesen. Darum möchte ich Ihnen zu dem Dank, den ich Ihnen namens all Ihrer Schüler sage, auch den Dank des Landes Steiermark anfügen, dem Sie durch mehr als drei Jahrzehnte Ihre Kraft gewidmet und dem Sie ein treuer Sohn geworden sind. Möge unsere Hochschule, möge unsere Heimat noch lange die Wirkungsstätte Ihrer von Begeisterung erfüllten Persönlichkeit bleiben.

Dr. Anton Rintelen,
Professor der Rechte an der Universität Graz
Landeshauptmann von Steiermark.



WANDLUNGEN IM RÖMISCHEN ZIVILPROZESSRECHT.

VON
LEOPOLD WENGER.

Wer das römische Zivilprozeßrecht von seinen frühest erkennbaren Anfängen im Dunkel einer noch halb vorgeschichtlichen oder doch frühgeschichtlichen Königszeit bis zu dem buntfärbigen, reichen Mosaik der byzantinisch-justinianischen Ausgestaltung an seinem Auge vorüberziehen läßt, dem bieten sich so eigenartig wechselnde Bilder dar, wie sie sich der Laie oder auch der fernerstehende Jurist nicht erwarten würde. Dünkt doch dem Laien der Zivilprozeß als eines der wenigst interessanten Gebiete der Jurisprudenz überhaupt, als ein Zaun, wenn nicht gar ein Drahtverhau von Vorschriften formaler Natur, von Regeln und Ausnahmen, hinter denen sich Richter und Anwälte verschanzen, statt dem gesunden, bekanntlich stets das Richtige sofort treffenden, aber allerdings auch nur beim Laien vorhandenen Menschenverstande freie Bahn zu lassen, oder noch lieber dem Rechtsgefühl zum Siege zu verhelfen. Zudem bietet der Zivilprozeß meist wenig Sensationen oder auch nur Stoff von allgemeinerem Interesse und steht hierin nicht bloß dem Strafprozesse, sondern auch öffentlich-rechtlichen Erscheinungen des Rechtslebens weit nach. Und vollends das römische Zivilprozeßrecht! Da wird auch bei nicht wenigen praktischen Juristen doch nur die Erinnerung an einen Formelkram wach, und der Studiosus denkt seufzend an Aulus Agerius und Numerius Negidius und memoriert noch im bösen Traume das *Interdictum Utrubi.* Und doch ist das Zivilprozeßrecht, und erst recht das römische, keine so trockene und weltabgewandte Materie, als die es weithin gilt. Franz Klein, der geniale Schöpfer des modernen österreichischen Zivilprozesses, hat bald nach dessen Einführung in einem Vortrage darauf hingewiesen, wie auch im Zivilprozesse sich die Geistesströmungen bemerkbar machen, von denen die jeweiligen Zeitrichtungen erfüllt sind.[1] Der großzügige Vortrag zeigt historische Perspektiven, ist aber im wesentlichen aufs moderne, insbesondere das neue österreichische Recht abgestimmt.

Es sei hier gestattet, im Rahmen einer allgemein gehaltenen und auf einer kürzlich veröffentlichten Gesamtdarstellung des römischen Zivilprozeßrechts[2]

---

[1] Franz Klein, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, Vortrag in der Gehe-Stiftung zu Dresden (1901).

[2] L. Wenger, Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts (1925); im folgenden zitiert: Zivilpr. Dort ist auch die Literatur eingehend angegeben. Aus ihr sei nur das

aufgebauten Skizze einige Gedanken aneinanderzureihen, welche die Auswirkungen der staatlichen Entwicklung Roms speziell auf das Zivilprozeßrecht aufzeigen und so eine zutreffendere Einstellung für die richtige Würdigung auch dieses Rechtsgebietes abzugeben vermögen.

Zwei ihrem innersten Wesen nach grundverschiedene Auffassungen vom Prozeß[1] haben in der römischen Rechtsgeschichte auch zwei wesentlich verschiedene Arten von zivilgerichtlichen Verfahren gezeitigt: wir bezeichnen sie mit *ordo iudiciorum*[2] und *cognitio extra ordinem.*[3] Der tiefliegende Gegensatz besteht darin, daß im einen Falle der Prozeß in erster Linie als ein privates, im anderen als ein staatliches Unternehmen gilt, daß er im einen Falle als Teil des Privatrechts, im anderen als solcher des öffentlichen Rechts erscheint. Die heute nicht unschwierige und methodologisch sowohl als prozeßgrundsätzlich nicht selten verhandelte Frage, ob das Zivilprozeßrecht dem privaten oder dem öffentlichen Rechte zuzurechnen sei,[4] findet im römischen Recht zwar keine eindeutige, wohl aber eine sicher zu gebende Antwort: das *iudicium privatum* des *ordo iudiciorum* ist privatrechtlicher Natur,[5] während

---

eine hervorgehoben, daß die im folgenden zugrunde gelegte Auffassung vom *iudicium privatum* Wlassak verdankt wird.

[1] Wir verstehen im folgenden darunter kurzhin den Privatprozeß und weiter das Privatprozeßrecht.

[2] Zivilpr. 27 [21]; der Ausdruck ist zwar nicht quellenmäßig, aber doch berechtigt.

[3] Zivilpr. 26 [20]; 246 [1]. Der Ausdruck ist negativ und wird, wenn man ihn mit positivem Inhalt zu erfüllen sucht, gleich mehrdeutig.

[4] Vgl. Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts I (1912), 4 ff. Das dort S. 4 über das römische klassische Recht Ausgeführte ist aber zu sehr von der von Wlassak scharf bekämpften älteren Vorstellung beherrscht, die in Keller ihren typischen Vertreter hat. Mehr Zivilpr. 10 ff. Vieles umstritten. Fürs moderne Recht vgl. noch Örtmann, Grundriß d. deutsch. Zivilprozeßrechts (1924), 1 ff. Sperl, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege, I (1925), 3 ff. Auch die Anschauungen übers römische Recht sind noch nicht zu voller Einheitlichkeit gelangt. Ist solches Schwanken etwa ein richtigeres Spiegelbild der römischen Wirklichkeit, als strengste logische Konsequenz es bieten könnte? Zu Wlassaks soeben (1925) erschienenem bedeutsamen neuesten Werke: Die klassische Prozeßformel, I, kann ich in dieser vorher abgeschlossenen Abhandlung nicht mehr Stellung nehmen. Das wäre im Rahmen eines so kurz und allgemein gefaßten Beitrags auch nicht möglich, wenn mir Zeit zur Verfügung stünde. Ich hoffe meine Stellungnahme an anderem Orte später nachzuholen. Heute schon aber bedaure ich sehr, daß ich dieses Buch nicht vor Ausgabe meines Zivilprozesses kennen konnte. Vgl. noch unten S. 14, N. 1. Auch zu den römischrechtlichen Partien im großen Buche von James Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage (1925) — mir erst während der Drucklegung zugegangen — kann ich nur an anderer Stelle später mich äußern. Vgl. unten S. 14, N. 1. — Endlich kann ich nur noch aus vorläufiger Kenntnis auf die rechtsgeschichtlich und rechtsvergleichend gleich wertvollen Forschungen hinweisen, die A. Steinwenter alsbald als Heft 7 der Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte (1925) veröffentlichen wird: Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischem Rechte.

[5] Zivilpr. 16 f.

ein in der *extraordinaria cognitio* verhandelter Zivilprozeß ein dem öffentlichen Recht angehöriges Rechtsinstitut für Entscheidung von Privatsachen ist.[1] Der private Prozeß des *ordo iudiciorum* wird durch einen privaten Parteienakt, die sogenannte Litiskontestation, begründet. Mit dieser erklären sich die Parteien durch einen Formalvertrag, über dessen Formen wir nicht gut genug unterrichtet sind, bereit, ihren Rechtsstreit einem Schiedsrichter zur Entscheidung zu unterbreiten. Das *iudicium privatum* des *ordo* ist demnach im Kerne ein privater Schiedsvertrag, und es erhebt sich über ein gewöhnliches Kompromiß nur dadurch, daß der Prätor das Schiedsgericht autorisiert und dem Schiedsrichter den Auftrag erteilt, so zu judizieren, wie es die Parteien in ihrer hypothetisch gehaltenen Formel *(si paret X esse, iudex condemnato; si non paret, absolvito)* vereinbart haben. Auf den den privaten Charakter des *iudicium privatum* allerdings verdunkelnden prätorischen Einfluß, wie er im *iudicium (actionem) dare* und *iudicare iubere* zutage tritt, werden wir noch zurückkommen. Hier soll zunächst das Prinzip des privaten Aktes der Prozeßbegründung hervorgehoben sein, um ihm das gegenteilige Prinzip der *extraordinario cognitio* entgegenzuhalten. Bei dieser ist der Prozeß, wie schon gesagt, eine staatliche Einrichtung, um einen Streit über ein Privatrecht zu schlichten. Der hiebei zugrunde liegende Gedanke ist uns viel verständlicher, da auch wir staatliche Gerichte haben, vor die sich die Parteien bequemen müssen, mag ihnen die Person des jeweils fungierenden Richters genehm sein oder nicht. Der Richter in der *cognitio extraordinaria* ist Staatsorgan, nicht durch Parteienvereinbarung bestellter Schiedsmann. Und auch wo und soweit den Parteien eine Einflußnahme auf dessen Bestellung, etwa durch Vorschlag eines Richters, eingeräumt ist, ist das Prinzip hier stets staatliche Bestellung. In scharfem Gegensatz hiezu heißt es vom Judex des Ordo bei Cic. pro Cluent. 40, 120: *Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem nisi qui inter adversarios convenisset.* Es ist ein System, das uns für staatliche Gerichtsbarkeit ganz unverständlich scheint.

Natürlich, soweit es sich um ein Schiedsgericht handelt, müssen beide Teile mit dem Schiedsrichter einverstanden sein: das ist ja das Wesen des Schiedsgerichts. Ein solches Schiedsverfahren ganz rein privater Natur ist bekanntlich auch im römischen Recht ausgebildet worden; es hat sich sogar neben dem *ordo iudiciorum* behauptet und ist neben der *extraordinaria cognitio* noch bedeutsamer in Erscheinung getreten. Justinian hat sich eingehend mit diesem Schiedsverfahren befaßt und sogar die Schiedssprüche in gewissem Umfang staatlichen Urteilssprüchen anzugleichen unternommen.[2] Hier, im System des reinen Beamtenkognitionsverfahrens, ist das Schiedsgericht so recht am Platze: es ermöglicht den Parteien die Auswahl des Richters, während der

[1] Zivilpr. 17 [36]; 246 ff.

[2] Vgl. Zivilpr. 329 ff.; auch Pauly-Wissowa, Realenzykl. Receptum arbitri, 367 f.

Staat ihnen einen solchen sonst vorsetzt; es bedeutet den Verzicht auf das staatliche Gericht mit all seinen Vorteilen, aber auch seinen Bindungen und Bevormundungen; es ist Emanzipation der Parteien von der staatlichen Rechtspflege. Es ist ein Stück republikanisch-demokratischer Freiheit und freier Selbstbestimmung mitten in einem patriarchalischen Absolutismus, der, wie das ganze Leben der Untertanen, so ganz besonders auch deren Rechtsstreitigkeiten väterlich-obrigkeitlich zu schlichten sich vorbehält. Und es ist bezeichnend, daß dieser Staat zwar private Schiedsgerichtsbarkeit bestehen läßt, aber selbst sie in seine Einflußsphäre zu ziehen unternimmt, wenn er Grundsätze des Verfahrens und der Geltung staatlicher Urteilssprüche zum Teil auch auf Schiedssprüche erstreckt, und wenn in der Aufzählung der verwirrenden Fülle der staatlichen Gerichte auch die Schiedsgerichte nicht fehlen. So sagt Justinian Cod. 3, 1, 14, 1: *sancimus omnes iudices sive maiores sive minores, sive qui in administrationibus positi sunt vel in hac regia civitate vel in orbe terrarum, qui nostris gubernaculis regitur, sive eos, quibus nos audientiam committimus vel qui a maioribus iudicibus dantur vel qui ex iurisdictione sua iudicandi habent facultatem vel qui ex recepto (id est compromisso, quod iudicium imitatur) causas dirimendas suscipiunt vel qui arbitrium peragunt vel ex auctoritate sententiarum et partium consensu electi, et omnes generaliter omnino iudices Romani iuris disceptatores etc.*

Bleibt so die Idee des Schiedsgerichts selbst unter der justinianischen Gesetzgebung als die Idee eines originellen, eines nur höchstens äußerlich der staatlichen Gerichtsorganisation einfügbaren Instituts erhalten, es darf, wie die eben angeführten kaiserlichen Eingliederungsversuche dartun, doch nicht verkannt werden, daß es der Regel widerstreitet, die alle weltliche Gerichtsbarkeit[1] in die Hand des Kaisers oder der kaiserlichen Beamtenschaft legt. Projizieren wir die Schiedsgerichtsbarkeit mit ihrer die staatliche Gerichtshoheit prinzipiell ignorierenden Einstellung auf die Verfassungsbildfläche eines absoluten Staates, so erscheint sie dort als abnormer dunkler Fleck. Das Recht, das der Schiedsmann spricht, ist geduldete und, da er nicht staatlich autorisiert ist, nicht unbedenkliche Ausnahmeerscheinung.

Kehren wir nunmehr zum republikanisch-klassischen *iudicium privatum* zurück, so wird uns zunächst die Tatsache nicht stoßen, daß es als das ordentliche Gericht auch noch der klassischen Jurisprudenz der Prinzipatszeit erscheint. Ja, gerade an dieser Teilerscheinung der römischen Staatsverwaltung, zu der die Rechtspflege der römischen Vorstellung nach natürlich gehört, tritt uns bildhaft wieder der Gegensatz vor Augen zwischen dem republikanischen Stadtstaat, der die Stadt Rom noch in der ersten Kaiserzeit bleibt, und zwischen der monarchischen Organisation der übrigen Welt des Imperium Romanum. Schon der Name des *iudicium quod imperio continetur* spricht den Gegensatz

[1] Über die christlich-kirchliche Gerichtsbarkeit und insbesondere zur ersten der sog. Sirmondianischen Konstitutionen vgl. orientierend Zivilpr. 333 f.

zum *iudicium legitimum* deutlich genug aus. Und die Geschichte der Anfänge der *extraordinaria cognitio* besagt das Weitere.

Hier liegt die Entwicklung klar vor uns. Prozeßgeschichte und Verfassungsgeschichte laufen durchaus parallel, oder besser: jene geht als Teilerscheinung in dieser auf. Auch daß mit der Monarchisierung des ganzen Staates das *iudicium privatum* des *ordo iudiciorum* der *cognitio extra ordinem* geopfert wird, ist einleuchtende Folgerung. Die Schiedsgerichtsidee kann nur mehr im beschränkten Rahmen des *compromissum-receptum* Raum finden. Das alles liegt im Lichte historischer Erkenntnis vor uns.

Viel schwieriger aber und — wie gleich vorausgeschickt sein mag — meines Erachtens noch nicht sicher beantwortbar ist die Frage nach den Anfängen des *iudicium privatum*. So wie es im klassischen Rechte uns vor Augen tritt, ist es ein hybrides Gebilde. Wohl erkannten wir als seinen Kern die parteiliche Schiedsgerichtsvereinbarung. Aber das *iudicium privatum* ist kein reines Schiedsgericht mehr. Das zeigt schon die Tatsache, daß neben dem *iudicium privatum* das *compromissum-receptum* Raum finden kann. Im übrigen sind wir über das *iudicium privatum* hinreichend unterrichtet, um seine Doppelnatur charakterisieren zu können. Alles, was der Magistrat dabei zu tun hat, das *iudicium dare* und *iudicare iubere,* die Autorisierung der parteilichen Schiedsgerichtsvereinbarung und des von den Parteien gemeinsam erwählten und bestellten Judex, der Judikationsbefehl an diesen, all das ist, wenn wir von der Vorstellung des reinen Schiedsgerichtes ausgehen, von außen kommende Zutat. Aber wiederum: durch diese „Zutat" erst wird das Schiedsgericht zugleich zu einem „staatlichen" und über die Mängel des simplen *compromissum-receptum* erhabenen Gericht. Das *iudicium privatum* ist bekanntlich in zwei Abschnitte gespalten: in das Verfahren *in iure* und in das *apud iudicem*. In jenem entfaltet sich die *iurisdictio* des Prätors (bzw. eines anderen Jurisdiktionsmagistrats), in diesem waltet der Judex seines Amtes. Hier und dort wirken die Parteien. Aber wenn auch deren Formalvertrag, die Litiskontestation, den Höhepunkt des Verfahrens *in iure* bedeutet: ihre Werterhöhung gegenüber einem einfachen Kompromiß verdankt die Litiskontestation doch der Tatsache, daß Formel und Judex vom Prätor „gegeben", d. i. autorisiert werden. Und daß der Judex ein Urteil sprechen muß und daß er ein exekutionsfähiges Urteil spricht, verdankt das *iudicium privatum* ebenfalls der Mitwirkung des Prätors. Eine Entwicklung zur *extraordinaria cognitio* hin, wie sie tatsächlich stattfand, konnte die staatliche Bedeutung des Prozesses nur erhöhen und damit den Parteien die ihnen auf der einen Seite genommene Einflußnahme auf Person des Richters und Prozeßbegründung auf der anderen Seite durch Zwang auf den prozeßunwilligen Gegner ersetzen. Das Kontumazialverfahren ist für den Willigen ein immerhin erfreulicherer Vorgang als der indirekte Weg der Missio gegen den Indefensus. Dagegen hätte eine Entwicklung in der umgekehrten Richtung, d. h. zum

reinen Schiedsgericht, entschieden eine Verschlechterung des ganzen Prozeßrechts bedeutet. Wir dürfen aus dem Überlegten folgern, daß vom Standpunkt der Prozeßökonomie aus, d. h. unter Zugrundelegung der Frage nach einer für den Kläger und schließlich auch den Beklagten[1] möglichst günstigen Form der Erledigung des Prozesses, jenes Element im hybriden *iudicium privatum* bedeutsamer ist, das der Magistrat zu ihm beiträgt.

Fassen wir zusammen: gegenüber dem rein privaten Schiedsverfahren bedeutet das *iudicium privatum* einen eben durch die Mitwirkung des Jurisdiktionsmagistrats gegebenen prozeßrechtlichen Fortschritt. Ist das nun zugleich auch die historische Entwicklungslinie? Ist, ganz grob ausgedrückt, dem Verfahren *apud iudicem,* das auf einem einfachen *compromissum* beruhte, das Verfahren *in iure* vorangestellt worden, dessen Litiskontestation jenes einfache Kompromiß natürlich resorbierte? Möglich wäre eine derartige Entwicklungslinie jedenfalls, ja man möchte ihr, da sie geradlinig ist, eine gewisse Wahrscheinlichkeit von vornherein zusprechen. Die Entwicklung hätte dann etwa folgenden Verlauf genommen. Ein ursprünglich angenommenes Selbsthilfeverfahren mit defensiver Notwehr und offensivem Faustrecht hätte sich nur als Defensiverscheinung gehalten, wäre aber in seiner Offensivgestalt durch vereinbarte Schiedsgerichtsbarkeit ersetzt worden. Man hätte die Nachteile des Selbsthilfeverfahrens erkannt. Der Schwache wäre nie in der Lage gewesen, sich Recht zu verschaffen, der Starke hätte sich um ein Recht des Schwächeren nie bekümmert. Um solchem Zustand ein Ende zu machen, hätte „man“ ein Schiedsgericht eingeführt. Aber auch ein solches Schiedsgericht wäre so lange kein schneidiges Abwehrmittel gegen Selbsthilfe gewesen, bis man nicht den Unwilligen durch ihm angedrohte Nachteile hätte veranlassen können, sich ihm zu unterwerfen, und bis man nicht dem Urteil des Schiedsrichters unabhängig vom guten Willen des Verurteilten Erfüllung in Aussicht zu stellen imstande gewesen wäre. Im Sinne dieser Postulate spekulativer Geschichtsphilosophie wirkte ja tatsächlich das Eingreifen der staatlichen Jurisdiktion im *iudicium privatum.* Die Entwicklung würde sich, wie gesagt, geradlinig fortsetzen, wenn sich das *iudicium privatum* des *ordo iudiciorum* in der oben angedeuteten Weise zum Verfahren der *extraordinaria cognitio* in Privatsachen gestaltete. Wir könnten dann das Ganze in die Formel: „Verstaatlichung des ursprünglich rein privaten Schiedsverfahrens“ zusammenfassen. Aber während wir das *iudicium privatum* des *ordo iudiciorum* und die *cognitio extra ordinem* historisch belegen können, erscheint der angenommene Anfang doch sehr stark hypothetisch spekulativ. Dürfen wir wirklich und ernstlich ein Schiedsgericht rein privater Natur als Vorläufer des staatlich autorisierten *iudicium privatum,* als geradezu ausschließliche Anfangserscheinung staatlicher Rechtsordnung ansprechen? In Betracht kämen für ein solches Schiedsverfahren doch wohl

[1] Hier tritt freilich das Problem der Rechtskraft der Denegatio der Actio in Erscheinung. Vgl. Zivilpr. 99[21].

Streitigkeiten nicht zwischen Schwächeren und Stärkeren, sondern nur zwischen gleich Starken, die dem Kampf ausweichen wollten und weiter — da innerhalb der Familie unter den Familienangehörigen doch von je wie auch später in historischer Zeit der Hausvater der natürliche Schiedsrichter war, dem auch die Macht zur Durchsetzung seiner Sprüche zustand[1] — nur Streitfälle zwischen annähernd gleichstarken Familien- oder sonstigen Personenverbänden oder primitiven staatlichen Gebilden. Hier sind schiedsgerichtliche Vereinbarungen sehr wohl denkbar, und das Recht der römischen Rekuperatoren gestattet sogar einen Wahrscheinlichkeitsschluß auf Verwertung international ausgebildeter Rechtsbräuche im römischen Bürgerrecht.[2] Freilich könnte die Parallele mit dem internationalen Schiedsrecht nicht weiter ausgebaut werden, da es eine ein solches Schiedsgericht autorisierende „internationale“ Macht nicht gab. Auch die Bünde aller Art waren ja nur Instrumente in der Hand einer Vormacht. Wo hätte man gegen einen Mächtigen einen Schiedsspruch erzwingen können? Da gab es nur Zuflucht zu Religion und Eid, wie im Vertrag zwischen Rom und Alba Longa.[3]

Aber mag man bei dieser Heranziehung früher international-rechtlicher Parallelen auch über mancherlei Zweifel und Bedenken hinwegsehen, ein Schiedsverfahren unter Bürgern einer Gemeinde ist doch wohl erst auf einer relativ hohen staatlichen und wirtschaftlichen Kulturstufe wahrscheinlich, wo sich der einzelne bereits aus der familiären und gentilizischen Umklammerung als selbständiges Individuum herausgeschält hat. Dem aber müßte doch längst eine staatliche Gerichtsorganisation — im patriarchalisch-monarchischen Staatswesen also ein königliches Gericht — vorangegangen sein.

Wir stehen damit vor einer zweiten möglichen Hypothese: daß der, um so zu sagen, amtliche Charakter des Gerichts das ältere, primäre Element des späteren *iudicium privatum* darstellte, zu dem dann die parteiliche Begründung des Schiedsgerichts erst hinzugetreten wäre. Unter dieser Annahme würde gleichsam das Verfahren *in iure* der ältere Teil, von dem dann als einer Art ursprünglich rein königlicher, bzw. beamtlicher Kognition das Verfahren *apud iudicem* abgetrennt und eben der Laiengerichtsbarkeit ausgeliefert worden

---

[1] Zivilpr. 8 [8]. Vgl. auch meine Abhandlung über Hausgewalt und Staatsgewalt im römischen Altertum in den Miscellanea Francesco Ehrle (Rom 1924), II, 1 ff. Analoges wie vom *pater familias* gilt wohl auch vom Geschlechts- und Stammesältesten, oder mit anderen Worten von jedem Herrscher in einem solchen Personenverbande.

[2] Zivilpr. 57.

[3] Liv. 1, 24, 4—9; 27—29. Unsere neueste Rechtsphilosophie und Völkerrechtslehre kommt auf ähnliche Gedanken wie sie dem antiken Rechtshistoriker längst geläufig sind. So verweist Verdroß, Die gesellschaftlichen Grundlagen der Völkerrechtstheorie im Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, XVIII (1925), 413 ff., in größerem geschichtsphilosophischen Zusammenhange mit Recht darauf, daß eine staatsindividualistische Auffassung dieser religiösen Bindung, welche freilich zugleich auch die Schwäche jener Auffassung zeigt, nicht entraten konnte; vgl. a. a. O. 416—418.

wäre. Es ist nicht zu leugnen, daß eine solche Rekonstruktion die Quellen für sich hätte und offenbar der Vorstellung entspricht, die sich die Zeit der ausgehenden Republik und des Prinzipats von der Sache machte und die Historiker und Juristen gleichermaßen teilten. Hören wir Cicero, Dionys von Halikarnaß und den Juristen Pomponius. Cic. *de re publ.* 5, 2, 3 . . . *[Nihil esse tam] regale quam explanationem aequitatis, in qua iuris erat interpretatio, quod ius privati petere solebant a regibus . . . Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regiis* — ein Satz, der wohl, wie immer man den vorangehend zitierten auffassen will, nicht anders denn auf königliche Vollgerichtsbarkeit gedeutet werden kann. Ebenso die auf vermutete griechische Parallelen weisende Bemerkung über Numa, von dem der Staatsphilosoph meint, *maxime tenuisse hunc morem veterem Graeciae regum;* auch das folgende: *Nam ceteri, etsi hoc quoque munere fungebantur, magnam tamen partem bella gesserunt et eorum iura coluerunt* kann zwanglos nicht anders verstanden werden. Dann Dionys. 10, 1, 2: *ἀλλὰ τὸ μὲν ἀρχαῖον οἱ βασιλεῖς αὐτῶν ἔταττον τοῖς δεομένοις τὰς δίκας, καὶ τὸ δικαιωθὲν ὑπ᾽ ἐκείνων τοῦτο νόμος ἦν.* So das allgemeine Prinzip, während auf Servius Tullius bekanntlich die Volksgerichte zurückgeführt werden, wenn Dionys. 4, 25, 2 von ihm erzählt: *τῶν γὰρ πρὸ αὐτοῦ βασιλέων ἁπάσας ἀξιούντων ἐφ᾽ ἑαυτοὺς ἄγειν τὰς δίκας καὶ πάντα τὰ ἐγκλήματα τά τ᾽ ἴδια καὶ τὰ κοινὰ πρὸς τὸν ἑαυτῶν τρόπον δικαζόντων ἐκεῖνος διελὼν ἀπὸ τῶν ἰδιωτικῶν τὰ δημόσια, τῶν μὲν εἰς τὸ κοινὸν φερόντων ἀδικημάτων αὐτὸς ἐποιεῖτο τὰς διαγνώσεις, τῶν δ᾽ ἰδιωτικῶν ἰδιώτας ἔταξεν εἶναι δικαστάς, ὅρους καὶ κανόνας αὐτοῖς τάξας, οὓς αὐτὸς ἔγραψε νόμους.* Und an einer späteren Stelle (4, 36, 2) läßt der Historiograph den König sagen: *τῶν δ᾽ ἀδικημάτων οὐχ ἁπάντων αὐτὸς ἐγινόμην δικαστής, ἀλλὰ τὰς ἰδιωτικὰς ⟨δίκας⟩ ὑμῖν ἀπέδωκα διαγινώσκειν, ὃ τῶν ἔμπροσθεν οὐδεὶς ἐποίησε βασιλέων.* Daß auch der Jurist Pomponius eine urspüngliche Vollgerichtsbarkeit der Könige voraussetzt, läßt seine, wenngleich sehr allgemein gehaltene Bemerkung Dig. 1, 2, 2, 1: *Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur* doch wohl sicher erkennen.

Gewiß, die genannten Quellen sind gegenüber der von ihnen bezeugten Zeit sehr jung, und mag gegen ihre Echtheit nichts zu sagen sein, so ist ihre Glaubwürdigkeit doch darum anfechtbar. Und so haben auch Ciceros *iudicia regia* an kompetenter Forschungsstätte keinen Beifall gefunden, und konnten als konstruktive Gebilde einer in bestimmter Richtung zielstrebigen Staatsphilosophie angesprochen werden.[1] Es frägt sich für die kritische Bewertung dieser Quellen schließlich wiederum um den Standpunkt, den der Kritiker

---

[1] Vgl. Wlassak, Zum römischen Provinzialprozeß (1919), 12³. Vgl. meine Bemerkungen und Zitate Zivilpr. 50 f., N. 72. Wlassak sieht a. a. O. insbesondere in der Anknüpfung an die Gerichtstätigkeit der *Graeciae reges* (Cic. l. c.) einen Hinweis auf entlehnte hellenistische Staatsphilosophie.

gegenüber der römischen Königszeit überhaupt einnimmt. Wer an eine Tarquinierdynastie glaubt, um nur dieses Wort gleichsam als Symbol auszusprechen, der wird sich von der Vorstellung eines alle anderen Gerichte an Ansehen überstrahlenden königlichen Gerichts nicht losmachen können. Ich habe den Eindruck, als ob hinreichend Zeugnisse[1] dafür vorhanden wären, daß es ein solches absolutes Vollkönigtum in der römischen Frühzeit gegeben habe. Ihm eine königliche Gerichtsbarkeit abzusprechen, scheint mir die Möglichkeit der oben als erster angeführten Ursprungshypothesen des *iudicium privatum* doch nicht ausreichend. Auch im König etwa bloß einen auf einverständlichen Wunsch der Parteien in Aktion tretenden Richter zu sehen, verträgt sich schlecht mit der Vorstellung vom König als einem Horte der Gerechtigkeit, an den sich der Bedrückte gerade dann wendet, wenn der Bedrücker keinen Anlaß hat, den Fall königlich-richterlicher Untersuchung und Entscheidung zu unterbreiten.

Aber auch wer eine solche königlich richterliche Vollgewalt annimmt, wird die Möglichkeit privater Schiedsgerichte in einem Staate nicht ausschließen, in dem bereits eine ausgebildete staatliche Beamtengerichtsbarkeit — denn daß der König nicht stets in eigener Person judizierte, bedarf keiner Erörterung — tätig war. Gerade wenn man ein fremdländisches Königsgeschlecht als herrschend annimmt, wäre es sehr wohl denkbar, daß die unterworfene einheimische Bevölkerung ein Bürgergericht privater Art ausgebildet hätte. Es sei rechtsvergleichend an die neben der kaiserlich-römischen wohl ausgebildeten Gerichtsbarkeit tätigen jüdischen Schiedsgerichte erinnert, die sich gewiß unter nationalbewußten Juden gegenüber den römischen Beamtengerichten eines entscheidenden Ansehens erfreuten und denen gegenüber selbst die christlichen Kaiser eine merkwürdig schwankende Stellung einnahmen. Bezeichnend ist da eine Konstitution von Gratian, Valentinian und Theodosius vom Jahre 398, die aus dem theodosianischen ins justinianische Gesetzbuch übernommen worden ist:[2] *Iudaei Romano communi iure viventes in his causis, quae tam ad superstitionem eorum quam ad forum et leges ac iura pertinent, adeant solemni more iudicia omnesque Romanis legibus conferant et excipiant actiones. (§ 1) Si qui vero ex his communi pactione ad similitudinem arbitrorum apud Iudaeos in civili dumtaxat negotio putaverint litigandum, sortiri eorum iudicium iure publico non vetentur. (§ 2) Eorum etiam sententias iudices exsequantur, tamquam ex sententia cognitoris arbitri fuerint attributi.* Das soll selbstverständlich nur als Beispiel des möglichen Verhaltens der Staatsgewalt gegenüber einem mit der regierenden Schicht nicht homogenen Bevölkerungsteil genannt sein, um die

---

[1] Ich habe sie in meiner oben S. 7, N. 1 genannten Abhandlung einigermaßen zusammengestellt (S. 53 f.) und glaube damit auch in einem für solche frühe Zeiten billig erforderlichen Ausmaße Belege für den etruskisch-orientalischen Charakter dieses römischen Königsimperiums beigebracht zu haben.

[2] Cod. Theod. 2, 1, 10. Im Text in der Fassung des Cod. Just. 1, 9, 8. Vgl. Zivilpr. 331 f.

Gegensätze zu mildern. Daß wir aber ein Beispiel aus einer so viel späteren Zeit der römischen Rechtsgeschichte parallelisierend heranziehen, wird heute niemand mehr grundsätzlich gegen seine eben nur beispielsweise Anführung geltend machen wollen, seit wir uns gewöhnt haben, frühe rechtsgeschichtliche Epochen nicht mehr schlechthin als primitive und von späteren ganz verschiedene anzusehen. Bietet uns doch das altbabylonische Recht eine weitere Parallele des Nebeneinanders von königlichem Beamtengericht und schiedsrichterlichem Volksgericht.[1] Mit solchem möglichen Nebeneinandervorkommen von parteilich begründetem Schiedsgericht und staatlich festgelegtem Beamtengericht wäre übrigens für die Frühzeit kein anderer Zustand der römischen Prozeßrechtsgeschichte angenommen, als der lange genug im Lichte der Geschichte andauernde Zustand des Nebeneinanders von *ordo iudiciorum* und *cognitio extra ordinem*. Diese dritte Hypothese hätte, so wenig sie einen Anhänger der einen oder anderen erstgenannten Annahmen als Kompromißtheorie zu befriedigen vermöchte, doch vielleicht gerade darum manches für sich: ist doch die römische Rechtsgeschichte gerade voll von solchen Kompromissen und gebrochenen Entwicklungslinien.

Freilich immer bleiben Schwierigkeiten eines restlosen Erklärungsversuches des klassischen *iudicium privatum*. Wer der reinen Schiedsgerichtstheorie anhängt, muß einen „vermutlich aus vorstaatlicher Zeit stammenden, später unter obrigkeitliche Zucht gebrachten Parteienvertrag“ annehmen.[2] Danach wäre gleichsam zum *compromissum* das Verfahren *in iure* hinzugetreten oder genauer jenem vorangesetzt worden. Das bedeutete eine starke Steigerung der Macht des Magistrats, die nicht wohl in die Zeit des Sturzes des Königtums, sondern höchstens in eine frühere, oder eventuell in eine spätere Epoche verlegt werden könnte, in der die Magistratur einmal einem „reaktionären“ Kurs eine Stärkung ihrer Macht verdankte. Unmöglich wäre das nicht, zumal wir auch in den Zeiten der hohen Demokratie beim Übergang der Legisaktionen zum Formularverfahren eine Steigerung der Macht des Magistrats beobachten können.[3]

Ganz anders müßten wir uns den Verlauf der Dinge denken, wenn wir zuerst ein amtliches Verfahren annehmen, das durch Anfügung der notwendigen Untersuchung und Urteilsfällung durch den Judex geschwächt wurde. Dann wäre also das Verfahren *apud iudicem* Zutat. Unmöglich oder auch nur unwahrscheinlich dünkt mich auch dies nicht. Der Sturz des Königtums bedeutete auch den Sturz des königlichen Gerichtes, oder genauer der königlichen Gerichte. Sie durch Laiengerichte, die die Parteien selber auswählten, zu ersetzen, paßte ja vortrefflich zu den Postulaten einer revolutionären Massenpsychologie.

---

[1] Lautner, Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabylonischen Prozeßrechte (1922).

[2] Wlassak, Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer (1917), 222.

[3] Zivilpr. 99.

Aber die römische Revolution, welche die Königsherrschaft beseitigt hat, ist anscheinend noch weniger radikal gewesen als spätere revolutionäre Verfassungsänderungen in diesem konservativen Musterstaate der antiken Welt. Immer ist das Imperium geblieben und in diesem hat sich auch die überkommene königliche Jurisdiktion, ein Teil jenes Imperiums, vor dem Untergange gerettet.

Die Entstehung des *iudicium privatum* aus jener dritten vermittelnden Hypothese zu erklären, wäre gleichfalls nicht unmöglich; doch soll es hier unterlassen sein, weitere Möglichkeiten auszumalen, sosehr die merkwürdige Eigenart jenes Judiziums dazu reizte und vielleicht auch Berechtigung gäbe. Denn immer wieder fesselt den Beschauer die geschickte Kombination der Parteientätigkeit und des in der Jurisdiktion sich auswirkenden Imperiums. Wir können die ganze oben schon gekennzeichnete hybride Struktur des *iudicium legitimum* nicht genug bewundern: bei aller grundsätzlichen Anerkennung seines privatrechtlichen Schiedsvertragscharakters haben jene für uns namenlosen Schöpfer dieses Prozesses der Jurisdiktion des Imperien-, bzw. Potestasträgers so viel Einfluß eingeräumt, als auch eine in diese Richtung eingestellte moderne Prozeßrechtsgesetzgebung nur wünschen könnte. Wiederum sehen wir — da die Namen fehlen, müssen wir unpersönlich sprechen — die Staatskunst der Römer[1] in dieser Prozeßordnung ausströmend sich betätigen, die Staatskunst, die alle Extreme umbiegt, die das Gute von allen Seiten nimmt, woher immer es sich bietet, auch von entgegengesetzten Richtungen.

Damit aber stehen wir mitten in einem Problem, das alle moderne Prozeßrechtswissenschaft bewegt und das auch insbesondere angesichts der Kleinschen Schöpfung der österreichischen Zivilprozeßordnung vom 1. August 1895 wiederum brennend verhandelt worden ist. Klein selbst hat es in dem oben genannten Vortrage[2] fast leidenschaftlich erörtert und die Mitwirkung des Gerichtes, die sogenannte Offizialmaxime gegenüber einem System reiner Verhandlungs- oder Dispositionsmaxime verteidigt. Ohne Kenntnis dieser von der modernen Prozeßwissenschaft geschaffenen scharfen theoretischen Formulierungen, gewiß mehr unbewußt aus einem richtigen Rechtsgefühl heraus, aus einer geübten Kunst, der bekannten *ars boni et aequi,* als was die *iuris prudentia,* das Voraussehen des richtigen Rechts, bei den Römern selber schon gepriesen wird,[3] haben irgendwelche Juristen im *iudicium privatum* der *iurisdictio* und damit dem *imperium* den gebührenden Raum zur Betätigung eingeräumt. Die Dispositionsmaxime der Parteienherrschaft über ihren Prozeß und die Offizialmaxime der prätorischen Mitwirkung sind in geschicktester Weise verbunden. Darüber mögen hier einige Ausführungen gestattet sein.

---

[1] Auch diese Beobachtung reiht sich einer Reihe anderer an, die ich in der Münchener Rektoratsrede Von der Staatskunst der Römer (1925) kürzlich machen konnte.

[2] S. 1, N. 1. S. dort besonders S. 19 ff.

[3] Rektoratsrede (oben N. 1), 10 ff.

Wenn Klein[1] von dem „Schema des Verhältnisses zwischen Gericht und Parteien“ klagt, daß es wie eine „Ewigkeitswahrheit“ angesehen werde, „an der nicht zu rütteln ist“; daß nun einmal der Glaube bestehe, „Untätigkeit des Gerichts und ausschließliche Tätigkeit der Parteien sei im Prozesse aller menschlichen Weisheit letzter Schluß“, so hat dieser gelehrte Gesetzgeber selbst darauf verwiesen, wie diese These lediglich der Ausfluß eines Systems ist, dem die individuelle Freiheit auf allen Gebieten als der Weisheit letzter Schluß erscheint. So darf nach solcher Anschauung in den Prozeß der Parteien kein Dritter bestimmend eingreifen, auch der Richter nicht, dem nur die Rolle des Beurteilers des von den Parteien beigebrachten Beweismaterials und die Fällung des Urteils zukommt. In der konsequentesten Auswirkung einer solchen Dispositionsmaxime darf der Richter nicht helfen, nicht unterstützen, ja nicht aufmerksam machen, nicht einmal anregen. Wären die Römer in der Konstruktion des *iudicium privatum* konsequent gewesen, so hätte der römische Privatprozeß solche Dispositionsmaxime in schärfster Form durchführen müssen. Aber die römische Wirklichkeit zeigt uns doch ein etwas anderes Bild.

Es bedarf nach dem Gesagten keiner Ausführung, daß das Gebiet, wo sich die Tätigkeit des Jurisdiktionsherrn am sichtbarsten entfalten muß, der *in iure* sich abspielende Teil des ganzen Judiziums[2] sein wird. Auch hier verdanken wir Wlassaks Forschungen die reinliche Auseinanderlegung des Tätigkeitsbereichs der Parteien und des Tätigkeitsbereichs des Jurisdiktionsmagistrats. Dabei sehen wir in der Entwicklung vom *ordo iudiciorum* zur *extraordinaria cognitio* gleich die durchaus der verfassungsrechtlichen Entwicklung zum monarchischen Staatswesen entsprechende stetige Verstärkung des magistratischen Einflusses. Darüber können im einzelnen gleich einige Bemerkungen mitgenommen werden. Ausgegangen soll immer vom ordentlichen zweigeteilten Formularprozesse werden. Da erscheint es zunächst als Aufgabe der Partei, den Rechtsstreit *in iure* überhaupt in Gang zu bringen. Die dröhnenden Schritte der *in ius vocatio*, wie sie in der ersten Tafel vorgeschrieben werden, erinnern noch lebhaft genug an ein kürzlich überwundenes Selbsthilfeverfahren, bei dem auch der jetzt so drastisch geschilderte Gang ins Jus einem genügend kräftigen Gläubiger ganz überflüssig dünken mochte. Diese *in ius vocatio* ist ein kindlich einfältiger, ein grober Typ der Parteienladung. Auch das Vadimonium, der höherer Zivilisation entsprechende verfeinerte Modus, ist noch vom selben Prinzip beherrscht. Dagegen erfolgt — eine Erkenntnis, die wir allerdings auch erst jüngster Forschung danken[3] — die Ladung durch Litisdenuntiation bereits

[1] A. a. O. 21.

[2] Über die zusammenfassende Bedeutung *iudicium* = das ganze Prozeßverfahren vgl. die Zivilpr. 20[6] zit. Schriften Wlassaks. In dem oben S. 2, N. 4 genannten neuesten Werke wird die Tätigkeit der Parteien, die mit der Hilfe ihrer Juristen agieren und exzipieren, besonders scharf in den Vordergrund gerückt.

[3] Vgl. Wlassak, Provinzialprozeß 39[7] und die von mir Zivilprozeß, 260ff., in den Anmerkungen angeführte Literatur. Mein dort 268[26] angekündigter Aufsatz „Neue Libell-

unter amtlicher Mitwirkung und führt in organischer Entwicklung, und zwar bezeichnenderweise über Provinzialrecht zum justinianischen Libellprozeß mit amtlicher Klagezustellung und Ladung durch den Exsecutor. Wie hat sich der römische „Actor“ der Zwölftafeln zum „Kläger“ der byzantinischen Zeit gewandelt! Alle Eigenmacht ist dahin und behördlicher Bureaukratismus beherrscht von allem Anfang an das Verfahren. Die Dispositionsmaxime ist in diesem Stück Prozeß ganz von der Offizialmaxime verdrängt.

Sind dann im ordentlichen Formularverfahren die Parteien *in iure* erschienen, so muß der Kläger, der schon außergerichtlich den Beklagten mit der in Aussicht genommenen Formel vertraut gemacht hat, vor dem Prätor neuerdings zur zweiten *editio actionis* schreiten. Er also muß wissen, was er will, und muß sich darüber einen genauen Plan gemacht haben, wie dieses Wollen zu formulieren ist. Wäre er dabei ganz sich selbst überlassen, so könnte man von reiner Dispositionsmaxime sprechen. Aber hier gleich zeigt sich die hohe Jurisdiktion. Denn der Prätor ist es, von dem die Autorisierung aller klägerischen Handlungen abhängt. Ohne solche Autorisierung kann es der Kläger höchstens — und auch das nur, wenn der andere Teil freiwillig mittut — zu einem Schiedsgerichte privater Art bringen. Eine solch autoritative Stellung des Prätors nehmen wir mit Grund auch schon für das Legisaktionenverfahren an.[1] Wenn es da an einer passenden *legis actio* (Spruchformel) für das fehlte, was der Kläger wollte, so denegierte der Prätor jedwede Aktion. So war ohne einwilligendes, gewährendes *dare actionem* schon in der Legisaktionenzeit eine Prozeßbegründung unmöglich.

Deutlicher noch tritt diese Rolle des Prätors in der Zeit der Schriftformel hervor. Hier gab es neben den für alte Zivilrechtsätze aufgestellten bloßen Klageformularen auch noch eigene prätorische Edikte und ihnen zur Seite natürlich entsprechende Formulare für die Durchsetzung des prätorischen Rechtes. Ja endlich schritt der Prätor sogar über die bei Aufstellung des Ediktes selbstgezogene Schranke mit der Gewährung einer *actio in factum* hinweg. In solchen Fällen stand es dann ganz im prätorischen — bzw. natürlich überhaupt im magistratischen — Ermessen, ob und unter welchen Voraussetzungen den Parteien der Rechtsweg ermöglicht wurde. *Eius est actionem denegare, qui possit et dare:* heißt es sogar ganz allgemein bei Ulpian.[2] Aber nicht so sehr die Macht des Prätors soll damit betont sein, daß wir das *dare* und das diesem korrespondierend zur Seite stehende *denegare* so stark hervorheben, sondern mehr noch die Hilfe, die der Prätor den Parteien bei der

papyri“ ist in der Erinnerungsfestgabe für einen Altmeister der Papyrologie in der Raccolta di Scritti in onore di Giacomo Lumbroso (Mailand, Aegyptus, 1925) S. 325—334 erschienen.

[1] Wlassak, Sav.-Z. XXV, 81ff.; anders Girard und seine Schule. Vgl. meinen Zivilprozeß 95²; 98f.

[2] Dig. 50, 17, 102, 1.

Formulierung ihres Rechtstreits leistet. Und damit sehen wir wieder ein modernes Prozeßreformpostulat schon erfüllt. Unsere Prozeßwissenschaft fordert vom Richter zu verhindern, „daß es wegen Unkenntnis oder Unbeholfenheit oder wegen Versehens oder Vergessens der Parteien an Aufschlüssen fehlt, die zur Feststellung des Tatbestandes der von der Partei behaupteten Rechtsansprüche notwendig scheinen."[1] Der Prätor kann dem Kläger zu der für sein Vorbringen richtigen Formel — ohne freilich eine Garantie zu übernehmen — helfen und muß nicht erhaben zusehen, wenn der Kläger mit einer unbrauchbaren Formel agieren will. Das wäre doch auch gegen die Prozeßökonomie, da bei einem Verlangen von *aliud pro alio* oder bei einer falschen Demonstratio ja gar keine Ausschlußwirkung wegen *Plus petitio* einträte, sondern einfach der Rechtstreit mit besser passender Formel wiederholt und ein Prätor so von neuem befaßt werden könnte. Und wie der Prätor dem Kläger unterstützend bei der Formulierung seiner Wünsche zur Seite

---

[1] Klein, a. a. O. 20. Vgl. österr. ZPO., § 182, besonders aber § 432. Zum Folgenden vgl. jetzt aber Wlassak, Prozeßformel (oben S. 2, N. 4), besonders 104 ff. Cic. pro Caec. 3, 8: *Etenim si praetor is, qui iudicia dat, numquam petitori praestituit qua actione illum uti velit, videte quam iniquum sit constituta iam re iudicem quid agi potuerit aut quid possit, non quid actum sit quaerere* hat Wlassak wiederholt herangezogen und erörtert. So S. 17: „*Praestituere* heißt ja vorher bestimmen. Damit will also Cicero dem Beamten eine nachherige Kritik der edierten Formel keineswegs verschränken. Dagegen ist allerdings dem Kläger die erste Wahl und der erste Vorschlag betreffs der Formel zuerkannt." Weiterhin betont Wlassak sehr diese parteiliche Tätigkeit S. 104 ff. Daß die Folgen fehlerhafter Geltendmachung seines Rechts den Kläger treffen, daß ihm der Prätor keine *actio* vorschreibt und daher auch nicht gegen Fehler staatliche Gewähr leistet (vgl. Wenger, *Actio iudicati*, 1901, 141[13], und Formula in Pauly-Wissowa, Realenzykl. VI, 2863), ist sicher — das zeigt ja schon die Lehre von den Folgen der *plus petitio*. Ob aber der Prätor, der untätig, obwohl wissend, zusah, wie der Kläger eine unrichtige Formel wählte oder eine ungünstige Textänderung, die der Gegner vorschlug, unüberlegt hinnahm, ob ein solcher Prätor sein Imperium richtig ausübte oder gar ein musterhafter Prätor war, daran darf gezweifelt werden. Freilich meint Wlassak S. 108, daß der Beamte untätig zusehen „durfte", aber die Meinung des Gelehrten ist es doch nicht, daß daran auch vom rechtspolitischen Standpunkt aus nichts zu tadeln wäre? Gewiß, die grundsätzliche Freiheit des Imperiums von Hemmungen stellt Tätigkeit und Untätigkeit des Magistrats in weitem Ausmaße in sein Ermessen. Aber dasselbe Ermessen ermöglicht es dem Prätor, den Parteien die ihm gut dünkende Hilfe zu gewähren. Vgl. auch unten S. 15, N. 1. Ich habe schon *Actio iudicati* (161 f.) auf den praktischen Fall Dig. 4, 2, 9, 3 verwiesen und meine, daß die Praxis Einflüssen einer „Offizialmaxime" nicht ganz so abhold gewesen sein wird, wie man bei konsequenter Durchführung des Prinzips der reinen Parteiendisposition — wenigstens was die Tätigkeit des Aktors anlangt — annehmen müßte. Besonders scharf kommt Wlassaks strikte Ablehnung jedes „Offizialprozesses" fürs klassische Recht in der kurzformulierten Voranzeige seines Buches über die Prozeßformel, Anz. Wien. Akad. d. Wiss., 1925, Nr. VIII—IX, 4 ff., zum Ausdruck. Vieles wird hier umstritten bleiben, da uns römische Prozeßprotokolle fehlen und die Papyri nur Beamtenkognition bieten. Unsere Auffassung steht näher noch der älteren Anschauung Wlassaks, Röm. Prozeßgesetze, I (1888), 124, die aber jetzt aufgegeben wird (Prozeßformel, 17[32]). Hier muß diese knappe nachträglich zugefügte Bemerkung genügen. Mehr an anderer Stelle. Vgl. oben S. 2, N. 4.

steht, so wird er noch weniger dem Beklagten seine Hilfe versagen.[1] Denn dieser muß Exzeptionstatbestände auch in die Formel einrücken lassen und muß wissen, ob eine Verteidigungstatsache einer solchen Einschaltung in die Formel bedarf und wie diese Einschaltung lauten muß, oder ob die Verteidigungstatsache *ipso iure* wirkt. Gewiß, versäumt der Reus die rechtzeitige Erwähnung des Exzeptionstatbestandes *in iure,* so hilft ihm kein ordentliches Mittel mehr: der kondemnierende Urteilspruch erfolgt bei Richtigkeit der Intentio. Meldet er aber den Exzeptionstatbestand an, so weist ihm das prätorische Recht die richtige Art seiner Geltendmachung. Denn nicht bloß für die Aktionen, auch für die Exzeptionen hat der Prätor im Edikt seine Formulare aufgestellt. Und wenn diese nicht ausreichen, so tut er sogar noch ein übriges und schafft schnell und eigens für diesen Fall eine *exceptio „in factum"*.[2] Gai. IV, 118: *Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat. Quae omnes ex legibus vel ex his quae legis vicem optinent, substantiam capiunt, vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt.* Paßt dem Kläger die Zulassung der Einschaltung einer *exceptio* nicht, so bleibt ihm nichts übrig, als auf die ganze Aktion zu verzichten, und mehr denn einmal wird der Prätor auf diese Weise denselben Erfolg erreicht haben wie durch eine Denegation. Hängen doch Exzeptionen und Denegation prozeßgeschichtlich zusammen. Die bloße Erklärung des Prätors, eine *actio* nur mit einer *exceptio*, sonst gar nicht zuzulassen, mag manchem mutwilligen oder auch nur streitbaren Kläger die Lust zur Aktion vertrieben haben. Umgekehrt mag die Verweigerung einer begehrten Exzeption wieder gelegentlich einen Beklagten auf den Ernst der Lage gleich eindringlich hingewiesen und zu sofortiger Befriedigung des Klägers veranlaßt haben. Man kann diesem Verfahren *in iure* nicht Bedeutung genug beimessen. Das Auftreten vor dem Jurisdiktionsbeamten, die Notwendigkeit, dort Angriffs- und Verteidigungsmittel in abgefaßter Formel vorzulegen, sich bei dieser Formulierung aber dem ediktmäßig proponierten oder gar für den einzelnen Fall mündlich erklärten Wort des hohen Gerichtsherrn anzupassen, wenn man den Rechtschutz überhaupt wollte, all das darf nicht bloß unter dem Gesichtspunkt der Prozeßbegründung, sondern verdient mindestens gleichermaßen auch unter dem der Prozeßverhütung betrachtet zu werden. Denn die Einwirkung des unparteiischen Dritten und gar, wenn dieser in hoher amtlicher Stellung ist, bedeutet zu allen Zeiten eine nicht zu unterschätzende Dämpfung der parteilichen Leidenschaft und des Eigensinns der Streitteile. Und im besonderen Maße mußte solche Wirkung in Rom eintreten, wo der Magistrat — und erst gar ein Imperienträger wie der Prätor — mit ganz anderer Macht-

---

[1] Für den Beklagten nimmt auch Wlassak, Prozeßformel, 108ff., prätorische Hilfe an und betont geradezu die verschiedentliche Behandlung beider Prozeßparteien.

[2] Der Ausdruck ist nicht präzis. Über ihn und über den möglichen Übergang von einer *causa cognita* improvisierten zu einer ins Album aufgenommenen Exzeption vgl. Zivilprozeß 147[56].

entfaltung den Bürgern gegenübertrat, als dies zu anderen Zeiten und bei anderen Völkern wohl der Fall ist.

Aber von einer Offizialmaxime schlechthin darf für das Verfahren *in iure* darum freilich keineswegs gesprochen werden. Nichts wäre der römischen Auffassung vom *iudicium privatum* gegenüber verkehrter als das. Keine der Parteien braucht mit einer Formel den Prozeß zu begründen, die ihr nicht paßt. Der Prätor stellt eben im Album Formulare zur Verfügung und erklärt sich bereit, einer entsprechenden parteilichen Formulierung solcher Art seine Genehmigung zu geben; er gestattet unter Umständen, mit einer Formel zu agieren, die im Album noch kein Vorbild hat; der Prätor verspricht ferner, dem Judex den entsprechend inhaltlich der Formel gleichartigen Judikationsbefehl zu erteilen: mehr aber nicht. Paßt die allein dem Prätor genehme Formulierung dem Kläger nicht, so steht es ihm frei, jederzeit das Verfahren abzubrechen. Auch dem Beklagten droht im gleichen Falle kein Kontumazialverfahren; wohl aber freilich die — allerdings schwerwiegende — Folge der mangelnden Defension, wenn er sich in den Prozeß nicht einläßt, soweit eine Einlassungspflicht besteht. Im dinglichen Prozesse fehlt es aber noch im justinianischen Recht sogar an dieser Pflicht.[1]

Und noch ein Weiteres. Wenn der Beklagte die Rechtsbehauptung des Klägers zugestehen will, wenn er eine *confessio in iure,* ein gerichtliches Anerkenntnis, abgibt, so hat es dabei sein Bewenden, mag der Magistrat diese *confessio* für objektiv zutreffend halten oder nicht. Daß es hier ausschließlich auf die Parteiendisposition ankommt, beweist nichts besser als das Rechtsinstitut der *in iure cessio.* Hier weiß der Magistrat, daß der Spruch des Erwerbers und die Zession des Veräußerers nicht dem bisherigen geltenden Recht entsprechen, sondern Neues schaffen sollen, und doch muß er diesen rein scheinäußerlichen Rechtstreit, bzw. seine Erledigung sogar durch seinen Beispruch, die *addictio,* sanktionieren.[2] Einen solchen Beispruch dürfen wir auch für das Anerkenntnis gegenüber einer *legis actio in personam* annehmen; auch da scheint es, daß der Magistrat ihn nicht hat verweigern können. Schon die Terminologie ist hiefür bezeichnend, als welche kein *damnare,* sondern ein *addicere* erschlossen werden durfte.[3] Im Formularverfahren ist allerdings, wie sich schon aus dem Schweigen des rubrischen Gesetzes (c. 21 f.) ergibt, der Beispruch überhaupt verschwunden und die Parteien treten noch mehr selbstherrlich uns entgegen. Hier im gerichtlichen Anerkenntnis begegnet im römischen Prozeß somit die Dispositionsmaxime in voller und folgerichtiger Ausbildung. Und hier hat sie sich bekanntlich auch in den modernen Prozeßordnungen behauptet, nicht bloß natürlich in der deutschen Zivilprozeßordnung (§ 288 f.), sondern auch in dem die Parteiendisposition gegenüber der amtlichen Wahrheits-

[1] Zivilpr. 104.
[2] Wlassak, Sav.-Z. XXV, 81 ff.; folgend Zivilpr. 102 ff.
[3] Wlassak, a. a. O. 174 ff., 185 ff.

ermittlung so viel weniger schonenden österreichischen Gesetze (§ 266). Wie sehr aber die römische *confessio in iure* imstande ist, den Rechtstreit ohne jede richterliche Ingerenz zu erledigen, beweist am besten die Tatsache, daß sie jedes Urteil ersetzt: *confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur* sagt Paulus ganz noch im Gedankengang der Zwölftafeln, die das *aes confessum* als Vollstreckungstitel noch vor das Judikat gestellt haben. Und Justinian hat trotz aller grundsätzlichen Änderung der Verhältnisse seines Prozeßrechts diesen Satz beibehalten.[1]

Vom gerichtlichen Anerkenntnis fällt unser Blick gleich auf ein bekanntes anderes Rechtsinstitut, das der parteilichen Disposition die Möglichkeit gibt, den Prozeß zu vermeiden: auf das *ius iurandum in iure delatum.* Auf dem so sehr eingeschränkten Anwendungsgebiete, das der klassische Prozeß dem Zwangseide eingeräumt hat, scheint auch die Parteiendisposition zu herrschen. Aber die Sachlage ist — wie hier nur angedeutet werden kann und einmal eingehender Untersuchung wert wäre — dabei doch nicht so ganz parallel derjenigen bei der *confessio.* Dort tritt, wie schon das Verschwinden des „Beispruchs" zeigt, gegenüber der parteilichen Willenserklärung die des Magistrats doch zurück, hier beruht[2] das ganze Zwangseidesverfahren auf dem prätorischen Ediktsatz *„eum a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam".* Und die sehr vorsichtige Verwendung dieses Rechtsinstitutes im klassischen Prozesse mag einen Fingerzeig dahin abgeben, daß es der klassischen Jurisprudenz nicht unbedenklich schien. Die spätere Entwicklung und die Stellung der modernen Prozeßordnungen ist ja bekannt.[3]

Steuert nun weiter das Verfahren regulär auf die Litiskontestation zu und kommt es gar zu dieser, dann ruht zunächst der Prozeß ganz auf Parteiendisposition. Keine Formel und kein Richter, auf die sich nicht beide Streitteile geeinigt hätten. Nicht bloß das Wesen der Litiskontestation als eines Formalvertrages zwischen Kläger und Beklagten, auch die Wirkungen dieses Vertrages werden in Folgerichtigkeit aus der parteilichen Vereinbarung abgeleitet. Und doch wiederum: die Folgen träten nicht ein, wenn der Magistrat nicht diese Formel und diesen Judex genehmigt und so das ganze Verfahren autorisiert hätte. Vom theoretischen Prozeßrechtstandpunkte aus darf nicht bloß, sondern

---

[1] Dig. 42, 2, 1. Vgl. Zivilpr. 113; 274; dort auch zur Frage, ob es im justinianischen Recht außer dem Anerkenntnis noch ein es bestätigendes Urteil gab (wie bei uns: deutsche ZPO. § 307, österr. ZPO. § 395); das scheint nach dem oben angeführten Spruch des Paulus nicht der Fall zu sein.

[2] Wenigstens in klassischer Zeit; ob das Verfahren schon der *condictio* des Legisaktionenrechts angehörte, kann dabei auf sich beruhen. Vgl. Zivilpr. 115[64].

[3] Vgl. Zivilpr. 275; 286 ff. Deutsche ZPO. §§ 445 ff.; anders österr. ZPO. §§ 376 f. — Von einer Überspannung der Dispositionsmaxime war gewiß auch bei diesem Institut im römischen Prozeßrecht keine Rede. Und ein Fall, wie ihn Friedrichs in der Sonderausgabe Jus und Jux der DJZ. vom 24. April 1925, S. 57 f., erzählt, wäre vor keinem Prätor möglich gewesen.

muß, um der römischen Auffassung gerecht zu werden, der reine Parteienakt der Litiskontestation ins hellste Licht gestellt werden, aber vom machtpolitischen Standpunkt aus, den wir heute rückschauend doch auch einnehmen können, sehen wir doch hinter dem Aulus Agerius und dem Numerius Negidius die Gestalt des Jurisdiktionsherrn, die Verkörperung des Imperienträgers des römischen Staates, sei es auch in mehr schattenhaftem Umriß, stehen. Man wäre versucht, die heute noch in der modernen Staatsrechtslehre sich gegenüberstehenden beiden Anschauungen, die juristische und die politische, auch hier schon bei den Römern zu suchen. Indes, welche von diesen beiden Betrachtungsmöglichkeiten man vorziehen mag, die starke Mitwirkung des Gerichtsherrn in dem der Prozeßbegründung (Litiskontestation) vorangehenden und zu ihr hinführenden Verfahren und die damit eine reine Parteiendispositionsmaxime vorteilhaft korrigierende amtliche Ingerenz auf dieses Stadium des Rechtsstreites wird allseits zugegeben werden müssen.

Aber damit ist die Geltung dieser beiden einander widersprechenden Prozeßmaximen erst aufs Verfahren *in iure* hin geprüft. Wie steht es mit dem zweiten Teil des ganzen Judiziums, mit dem Verfahren *apud iudicem*? Muß sich die Parteiendisposition, von der wir ja theoretisch immer ausgehen müssen, auch hier starke Einschränkungen gefallen lassen? Als einschränkender Faktor käme in diesem Stadium natürlich der Judex in Betracht. Dessen Stellung den Parteien gegenüber erscheint aber von vornherein viel schwächer als die eines Magistrats. Denn den zuständigen Magistrat müssen die Parteien meist hinnehmen, wenn sie nicht auf den Rechtstreit verzichten wollen. Vom Kläger gilt das schlechthin, vom Beklagten freilich mit der sonst eventuell drohenden Indefensionsfolge. Nun gibt es ja allerdings auch Jurisdiktionsmagistrate, unter denen die Parteien unter Umständen eine Auswahl treffen können. So können nach der *lex Julia iudiciorum privatorum* die Parteien sich der Iurisdiktion eines an sich unzuständigen Prätors unterwerfen.[1] So kann insbesondere ein *iudicium legitimum* auf Wunsch der Parteien durch *prorogatio fori* vor dem *praetor peregrinus* statt vor dessen älterem städtischen Kollegen begründet werden,[2] und so gibt es andere Fälle. Aber der eigentliche Sitz der *prorogatio fori* ist doch die Vereinbarung des Judex. Das Forum des Judex privatus ist schlechthin ein vereinbartes. Schon das läßt auf eine größere Abhängigkeit des Judex von den Parteien schließen. Was dieser über sie im Prozeß an Macht ausüben kann, auch selbst seine Sitzungspolizei, hätte er nicht, wenn sie ihm nicht die Parteien verliehen hätten. Der Prätor aber ist als Magistrat mit Imperium der große Herr, dem damit *eo ipso* auch das Koerzitionsrecht gegen die Parteien wie ja gegen jedermann zusteht. Dann ist nicht zu übersehen, daß der Magistrat bei der Entstehung der Schriftformel insoferne mitbeteiligt, ja, wenn wir wollen, hauptbeteiligt ist, als ohne seinen Willen die Parteien zwar Formeln entwerfen,

[1] Vgl. Zivilpr. 41.

[2] Wlassak, Röm. Prozeßgesetze, II, 200 u. ö.; Wenger, Zivilpr. 21.

aber kein Judizium begründen können. Denn was sie ohne Magistrat zustande bringen, ist nur ein privates Schiedsgericht. Ganz anders aber steht der Judex den Parteien gegenüber. Er erhält von diesen — sowie andrerseits auch vom Prätor — seine Marschroute vorgeschrieben. Wenn die Parteien unter Mißachtung aller Logik eine Formel abfassen und der Magistrat eine solche *actio* gewährt, so ist es nicht Sache des Judex, sich hierüber Gedanken zu machen. Er muß an das X der Intentio, wenn es sich im Beweisverfahren erwahrt, den kondemnierenden Spruch knüpfen. Das krasse Beispiel vom L. Octavius Balbus[1] ist bekannt genug. Er ist jedenfalls gut erfunden. Schon diese allgemeinen Erwägungen lassen die Position der Parteien dem Judex gegenüber viel stärker erscheinen, als sie dem Magistrat gegenüber je sein konnte.

Da es sich vor dem Judex nicht mehr um die rechtliche Bewertung juristischer Tatsachen, sondern um den Beweis dieser Tatsachen handelt, so reduziert sich die ganze Frage „Parteiendisposition oder Offizialmaxime?“ hier in der Hauptsache auf die Beweisfrage. Gewiß, die Sitzungspolizei des Judex, seine Befugnis, den Parteien das Wort zu erteilen und zu entziehen, die Beweisgründe zu prüfen, den Zeitpunkt zu bestimmen, wann der Reden genug gewechselt sind und die Sache spruchreif ist, all das setzt den Richter über die Parteien. Aber diese ja auch einem Schiedsrichter, soll er kein Spielball sein, notwendig zustehenden Befugnisse treten gegen die Beweisfrage zurück. Hier handelt es sich darum, wie der Judex sich zu den Beweisgründen zu verhalten hat. Zwei Unterfragen ergeben sich da. Einmal: ist der Richter in der Würdigung der Beweisgründe frei oder ist er an eine gesetzliche Beweistheorie gebunden, die ihm etwa vorschreibt, wann er Zeugen-, wann Urkundenbeweis, wann einen, wann zwei Zeugen zu fordern habe, eine Theorie, die ihm Regeln gibt, nach denen er sich diese oder jene Überzeugung offiziell zu bilden hat, unbekümmert darum, was seine innere Überzeugung jeweils sagt? Und dann die andere, nicht notwendig mit der ersten verbundene, aber doch irgend mit ihr zusammenhängende Frage: ist der Richter an die von den Parteien beigebrachten Beweisgründe gebunden oder kann er selber und ganz unabhängig vom Parteienwillen Beweisgründe herbeischaffen? Steht ihm ein richterliches, also ein amtliches Wahrheitsermittlungsrecht, ein Untersuchungs- oder Inquisitionsrecht zu oder ist ihm durch die Verhandlungsmaxime eine Schranke gezogen? Was zunächst die erste der beiden Unterfragen betrifft, so dürfen wir für das klassische Prozeßrecht das System der freien Beweiswürdigung in weitem Ausmaße annehmen. Beweisregeln, namentlich solche für den Zeugenbeweis, begegnen hier nicht. Es wird freilich keine irrige Vermutung sein, wenn wir

[1] Cic. in Verr. 2, 2, 12, 31: *vel L. Octavius Balbus iudex, homo et iuris et officii peritissimus, non possit aliter iudicare, si iudicium sit eiusmodi: L. Octavius iudex esto: si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur, non necesse erit L. Octavio iudici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere aut condemnare eum quem non oporteat?* Vgl. Zivilpr. 182[3].

solche Regeln für eine frühgeschichtliche Epoche annehmen: aber über Vermutungen kommen wir da auch nicht hinaus. In historischer Zeit hat erst das byzantinisch-kaiserliche Recht solche Regeln ausgebildet. Bewertung des Zeugnisses nach dem Stande des Zeugen, Vorschrift zweier Zeugen sind die bekanntesten derartigen Regeln.[1] Fehlt es an solch positiven Rechtsvorschriften für die Beurteilung von Beweisgründen im klassischen Prozeßrecht, so zeigt sich anderseits eine von der Parteiendispositionsmaxime diktierte Einengung der freien richterlichen Beweiswürdigung. Wie die *confessio in iure* den Rechtsstreit im Sinne des Anerkenntnisses erledigt, so wirkt auch das Anspruchs- oder Tatsachengeständnis vor dem Judex, die *confessio apud iudicem,* als Parteidisposition und bindet als solche den Richter in der Beurteilungsmöglichkeit des Zugestandenen. Gewiß ersetzt ein solches Geständnis nicht wie ein Anerkenntnis *in iure* das weitere Verfahren bis zum Urteil, aber beim Urteil kann sich der Judex nicht über dieses Geständnis hinwegsetzen. Wir dürfen uns eine Praxis vorstellen, wie sie die österr. ZPO. § 266 vorschreibt. Ob der Richter auch in der Heranziehung eines Zeugen oder einer Urkunde gehemmt ist, wenn sich beide Parteien dagegen erklären (vgl. österr. ZPO. § 183), darüber erfahren wir nichts. Aber diese Einzelheit fällt schon in den Bereich der zweiten der oben gestellten Fragen, d. h. der Frage nach der Untersuchungsmaxime. Wenn wir einen Ausspruch Ulpians Dig. 11, 1, 21, ohne Kritik hinnähmen, so bestünde eine solche Untersuchungsbefugnis in weitestem Außmaße: *Ubicumque iudicem aequitas moverit, aeque oportere fieri interrogationem dubium non est.* Indes ist die Echtheit der Stelle stark in Zweifel gezogen worden und es trifft, wenn wir auf die allgemeinen oben angestellten Erwägungen von der Stellung des Judex zu den Parteien zurückgreifen, wohl eher die Vermutung das Richtige, welche diese Untersuchungsbefugnis erst dem Richter des kaiserlich-byzantinischen Prozeßrechts zuspricht, als dem von den Parteien erwählten und bestellten *iudex privatus.*[2]

Schon diese ganz flüchtige Überschau über die Geltung der Dispositions-, bzw. der Offizialmaxime im *iudicium privatum* vermag uns eine durchaus gesunde Mischung beider Systeme zu zeigen. Und zwar konnten wir diese Mischung mit feinen Nuancierungen sowohl im Verfahren *in iure* als auch in dem *apud iudicem* beobachten. Wer die staatsrechtliche Theorie der gemischten Verfassung, die in Rom so viel Anklang gefunden, überlegt, wer mehr noch die staatsrechtliche Praxis in Rechnung stellt, die in geschicktester Weise Autorität des Imperienträgers und demokratische Bürgerfreiheit zu verbinden wußte, der wird sich über die Auswirkung solcher Theorie und Praxis im *ordo iudiciorum privatorum* nicht erstaunen. Auch die relativ stärkere Bedeutung, die dem Gerichtsherrn tatsächlich für die Begründung des Judiziums infolge seiner Befugnis zum *dare* und *denegare actionem* zukommt, entspricht nur der Prävalenz des Imperiums im Staatsleben. Denn sosehr das *iudicium*

[1] Zivilpr. 284.

[2] Vgl. Zivilpr. 193; 288.

privatum Privatprozeß ist und sosehr mit Recht diese seine private Natur in der römischen Jurisprudenz und in unserer führenden Literatur von heute hervorgehoben wird, auch das *iudicium privatum* steht doch im Schatten des Imperiums des Beamten, nicht anders wie alles in Rom, wie der Bürger und alle bürgerlichen Einrichtungen. Bedürfte es für das Prozeßrecht noch einer Probe darauf, so zeigte sie sich dort, wo der Rechtschutz außerhalb des *iudicium privatum* begegnet. Da entfaltet sich die *iurisdictio* — als Teil und Erscheinungsform des Imperiums — frei in der kognoszierenden Tätigkeit des Magistrats. Es genügt an prätorische Stipulationen, mehr noch an Missionen und Restitutionen mit Schlagworten zu erinnern. Eine besondere Erwähnung verdienen die Interdikte. Es ist zur richtigen Würdigung des Interdiktenverfahrens[1] mit Recht in neuester Zeit wieder eindringlich auf den quellenmäßigen Gegensatz zum ordentlichen Prozesse verwiesen worden.[2] Gai. IV, 138f.: *Superest ut de interdictis dispiciamus. Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit.* Hier sehen wir den Magistrat als befehlenden Herrn, der von sich aus Ordnung schafft, und nicht wie beim *iudicium privatum* sich den Parteien — freilich nur unter gewissen Voraussetzungen — zur Verfügung hält. Aber dieses stärkere Hervortreten des Imperiums erklärt sich auch ganz leicht aus der Natur der Interdikte. Bezwecken diese doch in ihrer überwiegenden Mehrzahl die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und dienen unmittelbar der Durchsetzung der staatlichen Verwaltung. Und auch wo sie in erster Linie privaten Zielen zu dienen haben, im Besitz- und Pfandrecht, in der Universalnachfolge, im Personen- und Familienstandesrecht, da steht doch gerade auf den von ihnen geschützten Gebieten neben dem privaten alsbald auch das öffentliche Interesse. Ob das Eigentum dem A oder dem B zusteht, mag als private Rechtsfrage die Öffentlichkeit so lange wenig berühren, als nicht der Rechtsstreit die Frage zur Entscheidung stellt, aber ein Besitzstreit mit der stets drohenden Möglichkeit tätlicher Gewalt, ruft das *„vim fieri veto“* des Prätors hervor.

Im Prinzipat vollzieht sich diejenige staatsrechtliche Entwicklung, welche im absoluten Monarchenstaat den freien Bürger als einen kaiserlichen Untertanen erscheinen läßt. Es wundert uns, wenn wir nach all dem Gesagten eine Widerspiegelung des Verhältnisses zwischen staatlicher Autorität und Bürgerfreiheit auch im Prozeßrechte feststellen dürfen, nicht mehr, wenn die Beseitigung der Bürgerfreiheit diejenigen Elemente aus dem Prozeßrecht ausscheidet, welche sozusagen seinen demokratischen Teil in der klassischen Zeit ausmachten. Erst kürzlich ist dem sehr komplizierten Übergangsprozesse näherzukommen versucht worden.[3] Der Prozeß der Papyri bietet für die Möglich-

[1] Zivilpr. 237ff.

[2] Wlassak, Sav.-Z. XXV, 138ff.

[3] Wlassak, Zum röm. Provinzialprozeß (1919). Zusammenfassende Übersicht bei Wenger, Zivilpr. 246ff., 257 ff.

keit dieser Erkenntnis das meiste Material. Jetzt gewinnt, von der Ladung angefangen, der Magistrat die führende Rolle. Er repräsentiert „das Gericht", das gegeben ist, das sich die Parteien nicht mehr aussuchen, geschweige denn erst zum Richter bestellen können. Es ist klar, daß in einem solchen Verfahren eine Litiskontestation im alten Sinne keine Stelle mehr haben kann. Solange man noch trotz des an Stelle des *iudicium privatum* getretenen Beamtenverfahrens äußerlich die Zweiteilung des Verfahrens aufrecht hielt, solange noch „Formeln" — freilich ohne das Charakteristikon des von den Parteien in und mit der Litiskontestation bestellten Richters — Verwendung fanden, konnte noch die Äußerlichkeit auch der Litiskontestation, ihr Gewand freilich bloß mehr, nicht mehr ihr Wesen, erhalten bleiben und weniger scharf blickende Beschauer in alter und neuer Zeit täuschen. Aber wenn einmal der ungeteilte Kognitionsprozeß auch die Äußerlichkeit der Zweiteilung des Verfahrens über Bord geworfen hatte, so blieb von der alten *litis contestatio* nichts mehr übrig. Wollte eine romantische Jurisprudenz, als deren Träger man wiederholt und nicht ohne Grund die Byzantiner und Justinian zuvorderst bezeichnet hat,[1] wenigstens den Namen retten, so mußte sie mit *lis contestata* einen anderen Prozeßvorgang verknüpfen. So heißt es in der interpolierten Konstitution Cod. Just. 3, 9, 1: *lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.* Kann der Gegensatz zum alten Parteienakt schärfer gefaßt sein, als in diesem *audire coepisse*" des *iudex*?

Diese Zeilen bringen demjenigen nichts Neues, welcher wie der verehrte Lehrer, dem sie gewidmet sind, die Wandlungen in unserer römischen Prozeßrechtswissenschaft im letzten Menschenalter verfolgt hat. Aber diese Zeilen sollen zwei Empfindungen bescheidenen Ausdruck geben. Einmal dem innigen tiefgefühlten Danke für den Unterricht, den in Vorlesung und Seminar der Schreiber mit so viel anderen an der Grazer Universität genießen durfte, für die unvergessenen und unvergeßlichen Stunden, in denen im Vorgerückteren-Seminar liebevoll und voll Entsagung die ersten tastenden Schritte des Anfängers in der wissenschaftlichen Laufbahn gelenkt wurden. Zum zweiten aber — und damit glaube ich sicher auch die lebhafteste Empfindung des Jubilars zu treffen — soll dem hoffenden Wunsche Ausdruck verliehen sein, daß auf dem Trümmerfelde wie jeder Kultur, so auch der romanistischen Wissenschaft den wenigen Arbeitern, die noch da sind, sich wieder neue junge Kräfte zugesellen mögen, auf daß die Romanistik, als deren nimmermüder Professor Gustav Hanausek seit so manchem Jahrzehnte wirkt, zu neuem Leben erblühe und auf daß deutsche Arbeit mit die junge Saat betreue und an der Ernte Anteil habe!

[1] Vgl. Zivilpr. 278[8].

ZUR ENTWICKLUNG DER BABYLONISCHEN URKUNDENFORMEN.

VON
M. SAN NICOLÒ.

Sitte und Gesetz haben die Verbriefung von Rechtsgeschäften auch in Babylonien und Assyrien zu einer markanten Erscheinung des Rechtsverkehres gemacht. Die Tausende von Rechtsurkunden, welche in den letzten Jahrzehnten nicht nur aus den Ruinenstätten im Alluvialboden der beiden Ströme, sondern auch aus entlegenen Provinzen der ehemaligen Reichsgebiete zutage gefördert worden sind, können ebenbürtig den gräko-ägyptischen Papyri an die Seite gestellt werden und zeigen uns, daß die Sitte, beim Abschluß von Rechtsgeschäften eine Urkunde darüber auszustellen, hier ebenso verbreitet gewesen ist als im Nillande. Dabei erstreckt sich der von den babylonischen Rechtsurkunden umfaßte Zeitraum, wenn auch mit sehr großen Lücken, auf drei Jahrtausende, und auch bei den assyrischen Tontafeln haben wir zwischen den ältesten sogenannten kappadokischen Tafeln und den jüngsten Urkunden vor der Vernichtung des Reiches eine Spannung von anderthalb Jahrtausenden. Mit solchen Zeiträumen können sich weder die griechischen noch die in vorsaitischer Zeit recht selten werdenden nationalägyptischen Urkunden messen, und es ist einer der Hauptvorteile der babylonisch-assyrischen Rechtsgeschichte, daß man die Rechtsentwicklung auf so weite Strecken wie sonst nirgends in der Antike verfolgen kann.

Bei der großen Anzahl von babylonischen und assyrischen Rechtsurkunden, die außerdem noch auf so große Zeitläufe verteilt sind, müßte eine Dar-

Abkürzungen: ABR. = Augapfel, Babylonische Rechtsurkunden aus der Regierungszeit Artaxerxes' I. und Darius' II. (Denkschr. Wiener Akad., phil.-hist. Kl., 59, 3); AR = Kohler-Ungnad, Assyrische Rechtsurkunden; BE = The Babylonian Expedition of the University of Pennsylvania, Series A: Cuneiform Texts, Bd. IX und X; BR. = Kohler-Peiser, Aus dem babylonischen Rechtsleben, I—IV; Cyr. = Straßmaier, Inschriften von Cyrus, König von Babylon; Dar. = Straßmaier, Inschriften von Darius, König von Babylon; HAU. = Kohler, Hundert ausgewählte Rechtsurkunden aus der Spätzeit usw.; KB. IV = Peiser, Texte juristischen und geschäftlichen Inhalts (Keilinschriftliche Bibliothek IV); Ner. = Evetts, Inscriptions of the reigns of Evil-Merodach usw. (Straßmaier, Babyl. Texte, VIb); Nbk. = Straßmaier, Inschriften von Nabuchodonosor, König von Babylon; Nbn. = Straßmaier, Inschriften von Nabonidus, König von Babylon; UM II_1 = University of Pennsylvania. The Museum. Publications of the Babyl. section, Vol. II. Nr. 1; VS = Vorderasiatische Schriftdenkmäler der kgl. Museen zu Berlin.

stellung des babylonisch-assyrischen Urkundenwesens nicht nur an sich ungemein interessant, sondern auch für die Geschichte der antiken Urkunde überhaupt von besonderer Wichtigkeit sein. Leider sind wir bei der Schwerzugänglichkeit und Unübersehbarkeit der zum Teil noch nicht sachgemäß veröffentlichten Sammlungen heute noch nicht in der Lage, eine allgemeine babylonische oder assyrische Urkundenlehre zu schreiben, wobei ich die weiten Lücken in der Überlieferung gar nicht in Betracht ziehen will. Höchstens bezüglich der gegenwärtig noch am besten erforschten Periode babylonischer Rechtsgeschichte, der Zeit der Hammurapi-Dynastie, könnte eine Darstellung des Urkundenwesens geboten werden, wozu Schorr in der Einleitung zu seinen „Urkunden des altbabylonischen Zivil- und Prozeßrechtes“, S. XIII bis XLIX, die Grundlage geschaffen hat.[1] Eine zusammenfassende Darstellung der gesamten Entwicklung ist aber vor der Veröffentlichung ausgiebigen Urkundenmaterials aus allen Hauptperioden unmöglich und es muß noch viel Kleinarbeit geschaffen werden, ehe an ein derartiges Werk herangetreten werden kann. Als ein sehr bescheidenes Stück solcher Detailforschung sind auch die folgenden Ausführungen aufzufassen, indem sie nur Beobachtungen darstellen, die ich bei den Vorarbeiten zu einer Übersetzung neubabylonischer Rechtsurkunden machen konnte.

Die babylonischen und assyrischen Geschäftsurkunden sind von Haus aus Privaturkunden, die von berufsmäßigen Schreibern nach bestimmten Formularen aufgesetzt werden. Der Schreiber fertigt als solcher meistens die Urkunden unter oder nach den Zeugen und hat demgemäß bei einer eventuellen Produktion der Tafel als Beweismittel im Prozesse seine Aussage zu machen. Öffentliche Urkunden scheinen aber auch nicht immer unbekannt geblieben zu sein; denn sie sind wenigstens für die Perserzeit belegt und mögen gelegentlich auch in früheren Epochen vorgekommen sein. Aus der Zeit der ersten Dynastie von Babel sind allerdings nur private Vertragsurkunden überliefert.[2] Als Urkundsbehörde erscheinen bei den öffentlichen Urkunden der Perserzeit der oder die Ortsrichter. Das Formular entspricht durchaus dem der Privaturkunden des betreffenden Geschäftstypus, nur sind am Schlusse des Kontextes, vor den Zeugen *(mukînu)*, die Namen der beurkundenden Richter eingeschoben: *ina pân A (B, C) daiâni(-ê) ša . . .*,[3] „vor A (B, C) dem (den) Richter(n) von . . .“[4] Welche besondere Funktion hier der Öffentlichkeit der Urkunde zufiel, bedarf angesichts der im babylonischen Rechtsleben jederzeit großen Beweiskraft der

[1] Dazu die Berichtigungen und Ergänzungen von Koschaker, Münchn. krit. Vierteljahrschrift, XVI, S. 411ff.

[2] Die Prozeßurkunden und solche öffentlichrechtichen Inhalts scheiden natürlich hier überhaupt aus.

[3] Aus typographischen Gründen mußte die Wiedergabe der Keilschriftzeichen hier in möglichst vereinfachter, daher nicht immer präziser Form erfolgen.

[4] Vgl. z. B. UM II₁ 6, 12f.; UM II₁ 7, 7ff.; UM II₁ 8, 5ff.; UM II₁ 31, 15f.; BE IX 12, 12; BE X 8, 10; BE X 18, 14f.; dazu Augapfel, ABR., S. 2.

Privaturkunde sowie ihrer unbeschränkten Produktionsfähigkeit noch der Untersuchung.

Ihrer Form nach ist sowohl die babylonische als auch die assyrische Geschäftsurkunde eine objektive, d. h. der rechtsgeschäftliche Vorgang ist als Referat vom Standpunkt eines Außenstehenden stilisiert.[1] Das Chirographum ist selbst in spätester Zeit nicht zur Ausbildung gelangt, wenn es auch, wie wir sehen werden, an gewissen Entwicklungsmöglichkeiten dazu nicht gefehlt hätte.[2] Trotz der durchwegs objektiven Form ist es selbstverständlich, daß bei dem jahrtausendelangen Weg, auf welchem wir die Entwicklung der babylonisch-assyrischen Urkunde verfolgen können, der innere Aufbau der für die einzelnen Arten von Rechtsgeschäften gebildeten Urkundentypen umfangreiche Wandlungen durchmachen mußte. Schon ganz abgesehen von den sich ändernden sprachlichen Verhältnissen muß sich doch das Urkundenformular der unaufhaltsamen Rechtsentwicklung immer wieder neu anpassen. Bei alledem aber sind Beständigkeit und Gleichmäßigkeit des knapp gehaltenen, juristisch prägnanten Formulars die Hauptmerkmale der babylonischen und assyrischen Rechtsurkunden. Der Urkundenformalismus ist aufs strengste durchgebildet und hat sogar einen eigenen mit dem allgemeinen Sprachgebrauch oft scharf in Widerspruch stehenden Geschäftsstil entwickelt. Die einmal geschaffenen einzelnen Rechtsgeschäftsformulare scheinen der Zeit zu trotzen und werden von den Schreibern peinlichst genau durch Jahrhunderte unverändert überliefert.[3] Diese Beständigkeit und Gleichmäßigkeit des Urkundenstils bezieht sich aber nicht allein auf die einzelnen Vertragstypen, sondern geht bei der babylonischen Urkunde so weit, daß es in altbabylonischer Zeit mit geringen Ausnahmen lokalen Charakters nur eine Art objektiver Geschäftsurkunde gibt, auf deren Schema alle verschiedenen Vertragstypen sich reduzieren lassen.[4] Das Gerippe dieser einheitlichen älteren babylonischen Vertragsurkunde bringt an der Spitze der Tafel und als Ausgangspunkt für die ganze Tatbestandsdarstellung den

---

[1] Hingegen sind die Königsurkunden rechtsgeschäftlichen Inhalts meistens subjektiv abgefaßt.

[2] Unberücksichtigt kann hier die Frage bleiben, in welchem Umfange dem babylonisch-assyrischen Rechtskreise neben den Zeugnisurkunden auch solche mit Dispositivwirkung kraft Vorschrift der Rechtsordnung bekannt gewesen sind; vgl. Koschaker, Münchn. krit. Vierteljahrschrift, XVI, S. 414ff., und über die Vorschrift des § 7 Kodex Hammurapi Koschaker, Rechtsvergl. Studien, S. 73ff., und San Nicolò, Schlußklauseln d. altbabyl. Kauf- und Tauschverträge, S. 191ff. Diese Frage ist für die Stilisierung der Urkunde nicht maßgebend.

[3] Dazu mögen wohl die umfangreichen sumerisch-akkadischen Sammlungen von typischen rechtsförmlichen Wendungen für die Urkundenschreiber, wie sie z. B. in der Serie *ana ittišu* erhalten sind, viel beigetragen haben.

[4] Lokale Stildifferenzen sind sowohl bei der altbabylonischen Einheitsform als auch bei den anderen Urkundsarten zu beobachten. Sie spielen bei Detailfragen naturgemäß eine große Rolle, können aber hier, wo es nur darauf ankommt, die gemeinsamen Grundformen festzustellen, unberücksichtigt bleiben.

Gegenstand des Vertrages (Person oder Sache), so daß die Urkunde zunächst als ein Referat über die Rechtsveränderungen am Geschäftsobjekt erscheint. Nach dem Vertragsgegenstand folgen die Namen der Kontrahenten, darauf die rechtsgeschäftliche Parteierklärung, meistens des Erwerbers, in kurzen stereotypen Wendungen. Zeugen und Datum beschließen den Text. Zu diesem Mindestinhalt können nach der Parteierklärung noch verschiedene Vertragsklauseln und der Eid eines oder beider Kontrahenten eingeschoben sein. Bei der Stilisierung der näheren Vereinbarungen kann der Standpunkt der Redaktion von einer auf die andere Partei umspringen.

Schematisiert nimmt sich diese Grundform der Vertragsurkunde wie folgt aus:[1]

1. Vertragsgegenstand.
2. Name der Parteien.
3. Rechtsgeschäftliche Erklärung (des Käufers, Tauschenden, Ehemannes, Adoptierenden, Darlehensschuldners, Pächters, Mieters, Schenkers usw.).

[4. Vertragsklauseln.

5. Eid einer oder beider Parteien.]

6. Zeugen und Schreiber.
7. Datum.

Durch viele Jahrhunderte ist diese Stilisierung sumerischen Ursprunges in Babylonien alleinherrschend gewesen. Von den ältesten historischen Zeiten, wo die babylonische Rechtsgeschichte im sumerischen Rechtsleben für uns den Anfang findet, bis in die mittlere Zeit der Kassitendynastie sind im Gerippe der Vertragsurkunde keine wesentlichen Änderungen zu verzeichnen. Als Beleg seien hier zwei Kaufverträge gegenübergestellt, von welchen der eine VS XIV 144[2] der Zeit Lugalandas und Urukaginas von Lagasch, also etwa dem 29. Jahrhundert angehört, während der andere BE XIV 1 fünfzehnhundert Jahre jünger ist und aus dem 10. Jahre der Regierung des Königs Burnaburiasch II. (etwa 1375 v. Chr.) stammt:

VS XIV 144	BE XIV 1
1. Kaufgegenstand.	1. Kaufgegenstand.
2. Vom Verkäufer der Käufer	2. Vom Verkäufer der Käufer
3. hat gekauft.	3. hat gekauft.
Als Preis dafür x Sekel Silber hat dem Verkäufer der Käufer gezahlt.	Als vollen Preis dafür x Sekel Gold hat er gezahlt.
6. Zeugen.	4. Rücktrittsverzicht.
7. Datum.	5. Eid.
	6. Zeugen.
	7. Datum.[3]

[1] Schorr, a. a. O. S. XXXI.

[2] Transkription und Übersetzung von Förtsch in Zeitschr. f. Assyriologie, 31, S. 163f.

[3] Hundert Jahre später unter Schagaraktischuriasch sind bereits wesentliche Änderungen im Formular des Kaufvertrages wahrzunehmen. Bei gleichbleibender Stili-

Gegenüber dieser strikten Einheitlichkeit der altbabylonischen Grundform bieten die neubabylonischen[1] Urkunden ein bunteres Bild. Die oben angegebene Gliederung des Urkundenschemas lebt zwar noch immer unverändert fort und nur die das Gerippe umkleidenden Formalwendungen sind nicht nur wortreicher, sondern zum Teil überhaupt anders geworden und verraten oft auch inhaltlich die durchgemachte lange assyrische Herrschaft.[2] Neben dieser, sagen wir altbabylonischen Einheitsform, welche für das Darlehen und den abstrakten Verpflichtungsschein *(u-il-tu)* noch immer alleinherrschend bleibt, tauchen für die anderen Rechtsgeschäfte jetzt zwei neue Typen objektiver Stilisierung auf, die während des chaldäischen Reiches noch ziemlich selten sind, von der persischen Zeit an aber immer häufiger vorkommen und schließlich ebenso allgemein werden wie die ältere Formulierung.

Von diesen zwei neuen Arten der objektiven Geschäftsurkunde charakterisiert sich die eine dadurch, daß nicht mehr der Gegenstand des Vertrages an der Spitze der Urkunde steht, sondern der Name einer Partei und die Mitteilung ihrer Willenserklärung. Eingeleitet wird diese Willenserklärung mit der Wendung *ina hud libbišu* („nach der Freude seines Herzens"), d. h. „in freier Entscheidung". So liest man z. B. in einem bemerkenswerten Ehevertrage aus dem Akzessionsjahre des Nabonid (VS VI 61):[3]

1. *A mârat-su ša* A_1
2. *apil* A_2 *ina hu-ud lib-bi-šu B*
3. *mârat-su . . . a-na aš-šu-tu a-na*
4. *C apil-šu ša* C_1
5. *apil* C_2 *ta-ad-din* $^1/_3$ *manê kaspi*
7. *. . . a-na nu-dun-nu-ú a-na C*
8. *ta-ad-din ki-i C*
9. *B un-da-aš-ši-ru-ma . . .*

---

sierung und Anordnung des Textes finden wir neben den uralten noch sumerisch geschriebenen Wendungen bereits eine für die spätassyrischen und neubabylonischen Kaufurkunden typische Perfektionsformel; vgl. Peiser, Urkunden aus der Zeit der 3. babylonischen Dynastie, Nr. 111, Z. 59, und Nr. 139, Z. 7—12.

[1] Der Ausdruck „neubabylonische Urkunden" ist weitgehendst gefaßt und bezeichnet nicht bloß die Urkunden des chaldäischen Reiches, sondern auch die der Achämeniden, Seleukiden und Arsakiden, soweit die keilinschriftlichen Privaturkunden reichen. Weder die Seleukiden noch die Parther haben auf den Aufbau des babylonischen rechtsgeschäftlichen Urkundenformulars im Zweistromland einen besonderen Einfluß ausgeübt. Neben den sprachlichen Eigentümlichkeiten sind die Datierung nach Jahren der beiden Ären statt nach Regierungsjahren der einzelnen Herrscher und gelegentlich vorkommende griechische und sonstige fremde Personennamen bisher die hauptsächlichen allgemeinen äußerlichen Merkmale der nachpersischen Zeit.

[2] Das zeigt schon ein erster Vergleich mit den in AR. veröffentlichten Urkunden der letzten Jahrhunderte des assyrischen Reiches.

[3] Ungnad, Beiheft 2 zur Orient. Literaturzeitung, S. 20.

„(1) A, Tochter des A_1, (2) Sohnes des A_2, hat in freier Entscheidung B, (3) ihre Tochter, . . . zur Ehefrauschaft an (4) C, Sohn des C_1, (5) Sohnes des C_2, gegeben.[1] Ein Drittel Mine Silber . . . (7) als Mitgift an C (8) hat sie gegeben. Wenn C (9) die B verläßt usw." Es folgen Konventionalstrafen für beide Kontrahenten im Falle der Vertragsverletzung sowie die Regelung der Rechtsansprüche der künftigen Kinder des Ehepaares gegenüber den Kindern aus einer ersten Ehe des Bräutigams.

Um den Vergleich mit der altbabylonischen Stilisierung noch anschaulicher zu machen, sei auch das Schema eines dem neuen Typus folgenden Kaufvertrages angeführt:

1. Verkäufer hat in freier Entscheidung den Kaufgegenstand für x Sekel Silber zum vollen Preise dem Käufer gegeben.
2. Das Silber, x Sekel, den (vollen) Preis des Kaufgegenstandes hat der Verkäufer aus der Hand des Käufers empfangen und erhalten.[2]
3. Rechts- und Sachmängelgarantie des Verkäufers.
4. Zeugen.
5. Datum.[3]

Diese Form objektiver Urkunde begegnet außer in Ehe- und Kaufverträgen auch noch bei anderen Arten von Rechtsgeschäften, so z. B. in einer Mitgiftsabfindung VS VI 108 (1. Jahr des Kambyses), bei Vergabungen von Todes wegen Nbk. 283 (35. Jahr, BR. IV, S. 18), Cyr. 277 (7. Jahr, BR. II, S. 19), VS V 43/44 (Akzessionsjahr des Kambyses), VS V 47 (3. Jahr des Kambyses), bei Dienstverträgen Cyr. 325 (8. Jahr, BR. II, S. 53), bei der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft Dar. 465 (18. Jahr, BR. IV, S. 33) usw.

Die Bedeutung des obigen Urkundentypus ist nicht allein eine äußerliche, sondern er bekundet meines Erachtens auch eine andere Einstellung in bezug auf das Wesen des Rechtserwerbes. Ohne in Einzeluntersuchungen einzugehen, scheint mir schon bei flüchtiger Prüfung dies hinsichtlich der Rechtsübertragung besonders deutlich hervorzutreten. Während in den der altbabylonischen Stilisierung folgenden Urkunden der Rechtsübergang als Erwerbserklärung des

---

[1] Der Vater der Braut ist offenkundig schon gestorben und da übt die Mutter die Muntgewalt aus.

[2] Die Kaufpreisquittung kann, namentlich in den älteren Urkunden, fehlen oder durch einen Vermerk über die anderweitige Begleichung des Kaufpreises ersetzt sein; Koschaker, Assyr.-babyl. Bürgschaftsrecht, S. 175, Anm. 3.

[3] Aus den sehr zahlreichen Belegen führe ich hier nur je eine Urkunde aus dem neubabylonischen, persischen und parthischen Reiche an: Nbk. 67 (KB. IV, S. 184 ff.; IX) a. d. J. 597; UM II_1 113 (ABR., S. 87) a. d. J. 419; VS XV 13 a. d. J. 167/6 v. Chr.

Während des neubabylonischen Reiches wurde bei Kaufverträgen diese Urkundenart hauptsächlich für den Kauf von Sklaven, Tieren und beweglichen Sachen bevorzugt, während der Immobiliarkauf noch immer dem alten Formular (in neubabylonischem Gewande) folgte; erst in der Seleukidenzeit wird der jüngere Typus für alle Kaufverträge allgemein; vgl. San Nicolò, Schlußklauseln, S. 27 f.

Aquirenten verbunden mit dem Anerkenntnis durch den bisherigen Rechtsinhaber (in Form eines Anfechtungsverzichtes) dargestellt wird, erscheint im neuen Typus als rechtsbegründende Tatsache nur die Zuwendungserklärung des Verfügenden, die Annahmeerklärung der Gegenpartei wird im Kontexte nicht formuliert. Wann und wie der Umschwung der Rechtsauffassung, als dessen Folge ich die neue Stilisierung betrachten möchte, sich vollzogen hat, kann hier noch nicht gesagt werden. An assyrischen Einfluß scheint mir jedenfalls nicht gedacht werden zu dürfen, da selbst in den jüngsten Urkunden dieses Reiches der Rechtserwerb der altbabylonischen Auffassung gemäß formuliert ist.

Die einseitige Redaktion vom Standpunkte einer Partei tritt auch im neuen Typus ebenso deutlich hervor wie in der alten Stilisierung. Wenn die Gegenpartei Verpflichtungen übernimmt, werden diese nach der Erklärung des Verfügenden rein objektiv abgefaßt angeführt (vgl. oben VS VI 61, 8ff.); niemals aber, selbst bei gegenseitigen Verträgen, finden wir zwei korrespondierende mit *ina hud libbišu* eingeleitete Willensäußerungen. Soll die Zweiseitigkeit deutlicher zum Ausdruck gebracht werden, so geben die Kontrahenten höchstens eine gemeinsame Erklärung ab *(i-na mi-lik ra-ma-ni-šu-nu),* wie in VS V 99, 5 (KB. IV, S. 308f.; VIII, 27. Jahr des Darius) bei der Auflösung einer Vermögensgemeinschaft.

Ganz anders ist der Aufbau des zweiten neuen Urkundentypus, den man als Zwiegesprächsform bezeichnen kann, gestaltet. Die Darstellung des rechtsgeschäftlichen Vorganges setzt sich zusammen aus einem in direkter Rede gestellten Antrag des einen Kontrahenten und aus der den Abschluß des Vertrages bewirkenden Annahme dieses Antrages seitens der Gegenpartei. Darauf folgen in objektiver Stilisierung die näheren Vertragsbedingungen häufig nur als eine Wiederholung der schon im Angebote ausgesprochenen Pflichten und Rechte des Antragstellers; bei zweiseitigen Verträgen werden hier noch die Ansprüche der Gegenpartei formuliert. Die Einleitung der Vertragsofferte und die Annahme durch den Gegenkontrahenten sind in rechtsförmliche stereotype Wendungen gekleidet.

Der älteste Text dieser Art ist ein Ehevertrag aus dem 2. Jahr des Nabopolassar (624 v. Chr.), VS VI 3,[1] der folgendermaßen lautet:

1. *šattu 2 Nabu-ablu-usur sar Bâbili*
2. *A apil-su ša* A_1 *apil* A_2
3. *a-na B apil-su ša* B_1 *apil* B_2
4. *ki-a-am iq-bi um-ma mâru-ú-[a]*
5. *ia-a-nu mâru ú-ba-ʾi C*
6. *mârat-ka bi-nam-ma lu-ú aššatû-a*
7. *ši-i B A*

[1] Veröffentlicht von Ungnad, a. a. O. S. 19.

8. iš-me-e-ma C mârat-su
9. ba-tul-la-tum a-na aššû-tu id-da-aš-šu
10. ina ûmu D
11. aššat-su mah-ri-tum mâru ta-at-tal-da
13. ina ûmu . . .
15. . . . ina ûmu . . .
23. mu-kin-nu . . .
27. Datum.

„(1) Im zweiten Jahre Nabopolassars, Königs von Babylon,[1] (2) hat A, Sohn des A_1, Sohnes des A_2, (3) zu B, Sohn des B_1, Sohnes des B_2, (4) folgendermaßen gesprochen: »Ein Kind (5) habe ich nicht; ein Kind möchte ich haben. Die C, (6) deine Tochter, gib mir, daß meine Ehefrau (7) sie sei.« B erhörte den A, (8) die C, seine Tochter, (9) die Jungfrau, gab er ihm zur Ehefrauschaft. (10) Sobald D, (11) seine erste Frau, ein Kind gebiert, usw. (es folgt die Regelung der Erbansprüche der C neben denjenigen der ersten, aber noch kinderlosen Ehefrau des A[2] in objektiver Form). (23) Zeugen . . . (27) Datum."

Unter Weglassung der Z. 1, die eine sporadische Erscheinung darstellt, und des auf die besonderen Verhältnisse des Falles bezugnehmenden Satzes: „ein Kind . . . haben" in Z. 4f. findet sich diese Stilisierung häufig auch bei anderen Eheverträgen. Die auf die Annahme des Heiratsantrages folgenden Vereinbarungen vermögensrechtlichen Inhaltes sind natürlich bei jeder Urkunde verschieden; vgl. Nbk. 101 aus dem 13. Jahr Nebukadnezars (BR. I, S. 7, noch einen richtigen Brautkauf); Ner. 13 (BR. III, S. 10); Nbn. 243 (KB. IV, S. 226ff., XXIII); VS VI 95 (Ungnad, a. a. O., S. 20f.); Cyr. 183 (BR. IV, S. 12); Dar. 301 (BR. IV, S. 5), worunter der leider fragmentarische Ehevertrag einer Tochter des Königs Neriglissar (Ner. 13) hervorzuheben ist. In der gleichen Fassung von Angebot und Annahme ist auch der in BR. I, S. 10, in Übersetzung mitgeteilte Adoptionsvertrag Br. Mus. 84—2—11, 78, aus dem 3. Jahr des Kyros abgefaßt.

Besonders zahlreich sind die in Zwiesprachenform abgeschlossenen Pachtverträge, deren Schema folgende Gestalt aufweist:

---

[1] Das ist keine neue Datierungsform (an der Spitze der Urkunde), sondern eine einfache Einleitungsform mit Zeitbestimmung, die in Urkunden dieser und anderer Art gelegentlich vorkommt. Das Ausstellungsdatum befindet sich, wie bei den babylonischen Urkunden aller Zeiten üblich, auch hier am Ende des Textes (Z. 27ff.) und schließt mit dem Ausstellungsort die Tafel ab.

[2] Der Ehevertrag ist auch inhaltlich sehr interessant, weil die Braut als zweite Frau neben der noch lebenden ersten genommen wird, trotzdem aber als *aššatû* bezeichnet wird. Auch die Festsetzung der Erbportionen $^2/_3 : ^1/_3$, wenn beide Frauen Kinder bekommen sollten, entspricht den gesetzlichen Bestimmungen für die zweite, aber erst nach dem Tode der ersten Frau eingegangene Ehe; vgl. Br. Mus. 82—7—14, 988, col. V, 32—42, herausgegeben von Meißner, Sitzungsber. Berl. Akad., 1918, S. 280ff.

P ina hu-ud lib-bi-su
a-na V ki-a-am iq-bi um-ma
zêru . . . a-na šeati a-di x *šanâte bi-in-nam-ma*
ina šatti . . . y *. . . lu-ud-dak-ka*
arku V iš-me-šú-ma
zêru . . . a-na šeati a-di x *šanâte id-daš-šú*
ina satti . . . y *. . .*
P a-na V i-nam-din

„Der P(ächter) hat in freier Entscheidung / zum V(erpächter) folgendermaßen gesprochen: / »Das Feld . . . (folgt die genaue Angabe der Lage und auch des Ausmaßes des Grundstückes) gegen Abgabe auf x Jahre gib mir, / jährlich werde ich . . . y (Angabe des Pachtzinses in Geld oder Naturalien) dir geben.« / Da erhörte ihn der V(erpächter), / das Feld . . . gegen Abgabe auf x Jahre gab er ihm.[1] / Jährlich y . . . (d. h. den vereinbarten Zins) / wird der P(ächter) dem V(erpächter) geben usw."; — es folgt meistens noch der Termin der Übergabe der Liegenschaft an den Pächter, dann Zeugen und Datum.

Das obige Formulargerippe erfährt verschiedene Weiterungen durch eine Unmenge von Nebenbestimmungen, die sich auf die außer dem Pachtzins zu leistenden Geschenke oder auf die Stellung von Vieh, Saat, Bewässerungsanlagen usw. beziehen, welche zur Bewirtschaftung des Grundstückes zu dienen haben. Gelegentlich werden dem Pächter auch Wasserbezugsrechte an anderen Liegenschaften eingeräumt.[2] Manchmal bilden diese Wasserrechte sogar den Gegenstand selbständiger Verträge nach gleichem Schema.[3] Als Entgelt für das Wasser wird ein bestimmter Naturalzins oder aber auch ein quotenmäßiger Anteil am Ertrage der bewässerten Felder vereinbart. Neben der Zeitpacht haben wir bei gleichbleibendem Formular auch Erbpacht, wovon die leider schlecht erhaltene Tafel Nbk. 115 (BR. IV, S. 75) aus dem 18. Jahr des Nebukadnezar II. ein Beispiel bietet.[4] Das Schema der Pacht wird auch für die Tiermiete und für die im neubabylonischen Rechte häufigen Viehverstellungsverträge verwendet. Der Mieter, bzw. Einsteller macht ein Angebot auf Übergabe des Tieres oder der Herde *ana šeati* (d. h. „gegen Abgabe"); vgl. BE IX 52a (ABR., S. 82); BE X 132 (HAU. 49); BE IX 89 (HAU. 47); UM II_1 148 (ABR., S. 83f.). Unter den verschiedenen Werkverträgen, welche in Form von

[1] *Nadanu ana šeati* bedeutet einfach „verpachten", sowie *nadanu ana kaspi* „verkaufen". Daher ist das Wort nicht etwa auf die Besitzübertragung zu beziehen wie schon die häufige besondere Festsetzung des Übergabetermines beweist.

[2] Vgl. BE IX 26 (ABR., S. 64); BE IX 34 (ABR., S. 63f.); BE IX 40 (ABR., S. 62f.); BE IX 35 (ABR., S. 71); BE IX 48 (HAU. 54); BE X 53 (HAU. 55) u. a. m. In BE X 54 (HAU. 56) werden gewisse Fischteiche gegen einen jährlichen Zins von ½ Talent Silber verpachtet.

[3] Vgl. z. B. BE IX 7 (ABR., S. 81); BE IX 16 (HAU. 5).

[4] Die auf Erbpacht hinweisende Stelle in der Erklärung des Verpächters lautet, Z. 12f.: . . . *a-na za-qip-an-nu-tu a-na ûmu sa-a-ta id-da-aš-šu,* „(das Grundstück) zur Anpflanzung für alle Zeiten gab er ihm".

Angebot und Annahme stilisiert vorkommen, seien hier nur zwei Verträge über die Zubereitung eines Rauschtrankes *(širaku)* und zwei weitere über die Bestellung von Flurwächtern erwähnt. Der Brauer offeriert die Fertigstellung eines bestimmten Quantums des Getränkes gegen Lieferung der nötigen Ingredienzen, Fässer und Arbeitskräfte. Der Besteller „erhört ihn“ und gibt ihm das Geforderte: BE IX 43 (ABR., S. 20), BE X 4 (ABR., S. 21).[1] Bei der Bestellung eines Flurwächters spricht dieser: „Über die Flur setze mich als Aufseher, damit ich die Fische daselbst (d. h. in den Teichen der Flur) bewache. Kein anderer soll Fische daraus nehmen.“ Der Inhaber der Fischereigerechtsame „erhörte ihn und setzte ihn als Aufseher über seine Flur ein. Wenn irgendein anderer einen Fisch nehmen wird, wird der Aufseher 10 Minen Silber zahlen;“ so UM II_1 111 und 112 (ABR., S. 95f.). Auch verschiedene Bürgschafts- und Garantieverträge sind in dieser Urkundenart überliefert.[2]

Die angeführten Beispiele mögen genügen, um das weite Anwendungsgebiet dieses Urkundentypus zu zeigen. Auffallend ist nur bisher das Fehlen von Kauf- und Tauschverträgen, welche bis in die jüngste Zeit nur nach den beiden anderen Stilisierungen vorzukommen scheinen.[3] Es ist mir bisher nur ein Pränumerationskauf bekannt, der nach dem Zwiegesprächsmuster redigiert ist, und der bedeutet eigentlich noch keine Ausnahme, weil der Pränumerationskauf im babylonischen Rechte immer als ein vom Bar- oder Kreditkauf verschiedenes Rechtsgeschäft *sui generis* aufgefaßt worden ist. In unserer Urkunde BE IX 109 (HAU. 43) sprechen die drei Verkäufer zum Käufer: „1½ Kur Hirse gib uns, wir werden dir 300 Wasservögel geben.“ Der Käufer „erhörte sie und gab ihnen 1½ Kur Hirse“. Es folgt der Lieferungstermin, der auf acht Wochen später angesetzt ist.

Als Grundform dieses Urkundentypus gewinnen wir das folgende Schema, welches allen darin belegten Vertragsarten gemeinsam ist:

1. A sprach zu B folgendermaßen: „Vertragsangebot“ (in direkter Rede).
2. Annahmeerklärung der B (— er erhörte ihn; verpachtete, vergab zur Ehefrauschaft usw. —).
3. Vertragsbedingungen.
4. Zeugen.
5. Datum.

Eine juristisch wichtige Erscheinung bildet bei dieser Urkundenart, die bei den beiden übrigen fehlende und für das babylonisch-assyrische Recht ungewohnte Hervorhebung des Konsensualmomentes als Verpflichtungsgrund beim

---

[1] In einer anderen Urkunde (UM II_1 208) übernehmen drei jüdische (?) Fischer das Abfischen eines Teiches und die Lieferung von 1500 Fischen in den nächsten drei Wochen gegen Stellung der nötigen Gerätschaften; dazu Meißner, Orient. Lit.-Zeitung 1914, Sp. 481 ff.

[2] Vgl. UM II_1 17 (ABR., S. 91); UM II_1 23 (ABR., S. 90); VS VI 185 (HAU. 12); BE IX 57 (HAU. 10); BE X 10 (HAU. 13) u. a. m.

[3] Vgl. oben S. 26; 28 u. 28[3]; bezüglich des Darlehens oben S. 27.

Vertragsabschluß. Die Annahmeerklärung steht in der Mitte der Urkunde, nimmt also den dem rechtsgeschäftlichen Vorgange entsprechenden Platz ein: nach dem Angebote und vor der (vom Standpunkte des Annehmenden erfolgenden) Schlußredaktion der vereinbarten Vertragsbedingungen. Die Offerte geht in der Regel immer von demjenigen Kontrahenten aus, welcher die den Gegenstand des Vertrages bildende Leistung, bzw. die Vorleistung empfangen soll, also vom Ehemann, Adoptivvater, Pächter, Mieter und *conductor* beim Werkvertrag, vom Verkäufer beim Pränumerationskauf, vom (Gestellungs-) Bürgen für die in Freiheit zu setzenden Schuldner usw. Eine umgekehrte Stilisierung ist mir vorderhand nur in einem Pachtvertrage aus dem Jahre 424 v. Chr. (UM II_1 16; ABR., S. 61 f.) bekannt. Hier stellt der Verpächter den Antrag auf Verpachtung. Der Pächter „erhörte ihn und nahm das Feld gegen Pachtabgabe auf 3 Jahre entgegen". Liegt auf Seite des Antragstellers eine Mehrheit von Personen vor, so stellen diese ein gemeinsames Angebot unter eventueller Übernahme solidarischer Haftung. Gerade bei den Pachtangeboten sind solche Fälle sehr häufig.[1] Das Innenverhältnis der Pächter kann gelegentlich durch selbständige Gesellschaftsverträge geregelt sein. Ein solcher auch in seiner Stilisierung sehr interessanter Vertrag ist BE X 55 (HAU. 64). Der Austausch der rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen und die Festsetzung der gegenseitigen gesellschaftlichen Pflichten und Rechte wird in folgender an das griechische *ὁμολογοῦσιν ἀλλήλοις* erinnernden Weise zum Ausdruck gebracht:

„A und B sprachen folgendermaßen zueinander: »5 Kur Feld ... wollen wir bearbeiten.« Darauf erhörten sie einander und übernahmen das Feld ... zur gemeinsamen Bearbeitung (*šu-ta-pu-tu*, Z. 6.) usw."

Formell sehr merkwürdig ist in diesen Zwiegesprächsurkunden auch die Verbindung direkter Rede mit rein objektiver Stilisierung, wodurch sich ein Gegensatz in der Formulierung zwischen der Vertragsofferte und der Annahmeerklärung ergibt. Es ist mir bisher nur eine Urkunde untergekommen, in welcher der Parallelismus zwischen den beiden Willensäußerungen entgegen dem allgemeinen Schema so weit durchgeführt ist, daß auch die Annahme des Antrages in direkter Rede wiedergegeben ist. Es handelt sich in dieser Urkunde (BE IX 55; ABR., S. 96 f.) um die Ausführung gewisser Dammarbeiten, verbunden mit einer Garantieübernahme für den Erfolg derselben, Vereinbarungen, die auch in anderen Urkunden vorkommen. Die Abweichung vom normalen Formular ist also nicht durch die Natur des Vertrages bedingt oder begründet.

Die Einführung der direkten Rede in den Urkundentext könnte den Ausgangspunkt zu wesentlichen Umgestaltungen des Formulars bilden, nämlich zur

---

[1] In einer anderen Urkunde (BE IX 65; ABR., S. 72 f.) sind hingegen zwei gesonderte Pachtangebote auf verschiedene Grundstücke und von zwei verschiedenen Personen ausgehend vereinigt. Durch eine gemeinsame Annahmeerklärung verbindet der Verpächter („er erhörte sie und gab ihnen" usw.) die beiden Offerte zu einem Vertrage unter Solidarhaftung der beiden Pächter für die zu entrichtenden Pachtzinse.

Entwicklung der subjektiven Urkunde. In der Tat finden sich auch unter den Vertragstafeln dieser Zeit verschiedene Beispiele selbständiger einseitiger Parteierklärungen in direkter Rede und in der 1. Person formuliert, welche von Kohler, HAU. S. 74, als Chirographa bezeichnet worden sind.[1] Ich kann aber dieser Ansicht aus zwei Gründen nicht beipflichten. Denn erstens beginnen auch diese Urkunden wie die obigen Zwiegesprächstexte mit der objektiven Einleitung „A sprach zu B folgendermaßen" und zweitens wechselt im weiteren Kontexte die direkte Rede mit der objektiven Stilisierung in der üblichen Weise ab. Daß die direkte Rede in den Urkunden nicht notwendigerweise zum Chirographum führen muß, sehen wir an dem tausendjährigen Muster der enchorischen ägyptischen Geschäftsurkunden, welche seit jeher ebenfalls diese Verbindung von direkter Rede und objektiver Einleitung aufweisen und es trotzdem nicht zum Chirographum gebracht haben. Die subjektive Stilisierung in den koptischen Papyri der späten Zeit geht natürlich auf die römisch-ägyptische Praxis und auf die byzantinische Quasi-Epistola zurück.

Wie dem auch sei, bildet die obige, aus Angebot und Annahme zusammengesetzte Urkundsart etwas ganz Eigenartiges auf dem Gebiete des antiken Urkundenwesens. Selbst der Vergleich mit der hypomnematischen Form in den Papyri, welcher einem bei den vielen Pacht- und Mietkontrakten auftauchen könnte, wäre unrichtig, weil das ὑπόμνημα nur ein Offert des Pächters enthält, welches erst durch die Annahme seitens des Verpächters zum Kontrakte führt, während unsere Tafeln den bereits perfekten Vertrag beurkunden.[2]

Was die Frage nach dem Ursprunge der Zwiegesprächsurkunde anbelangt, so kann gegenwärtig darüber nichts Positives gesagt werden. Die meisten der oben angeführten Belege stammen aus der zweiten Hälfte des 5. Jahrhunderts v. Chr., einige von ihnen aber auch aus früheren Zeiten, wodurch die persische Provenienz natürlich ausgeschlossen wird, einer sogar aus dem Jahre 624.[3] Die Kudurru zeigen jedoch noch weiter zurück. So enthält die Inschrift eines Berliner Grenzsteines aus der Zeit des Scharrukîn II. (722 bis 705 v. Chr.)[4] unter den angeführten Besitzurkunden auch einen Tauschvertrag über zwei Grundstücke und einen Kaufvertrag, bei welchen die Zwiesprachenform deutlich zum Ausdrucke kommt. Allerdings handelt es sich dabei gerade

[1] Vgl. z. B. VS VI 154; Dar. 189 (BR. III, S. 52); Dar. 392 (BR. IV, S. 50); BE IX 41 (HAU. 59) u. a. m.

[2] Vgl. Mitteis, Grundzüge der Papyruskunde, S. 57f. Ebenso unrichtig ist meines Erachtens der von Augapfel, ABR., S. 20, 2, gebrachte Vergleich mit den aramäischen Papyri aus Elephantine. Die Formulierung in der 1. Person mit der vorangehenden objektiven Einleitung und der (einzigen) Datierung an der Spitze der Urkunde weist hier deutlich auf das ägyptische Vorbild, mit welchem auch der Inhalt vielfach übereinstimmt.

[3] VS VI 3, oben S. 29f.

[4] VS I 70, col. 1, 1—28, und col. 4, 16 bis col. 5, 4; Beschreibung und Literatur bei Steinmetzer, Die babylonischen Kudurru als Urkundenform, S. 77ff.

um Vertragsarten, die auf den Tontafeln in dieser Stilisierung kaum vorkommen (oben S. 32). Das erinnert uns wieder daran, wie groß die Unvollständigkeit unseres Urkundenmaterials sein muß und wie trügerisch sich daher ein *argumentum e silentio* erweisen kann. Vergleichen läßt sich die Aussageform der Zwiegesprächsurkunde mit der Formulierung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen in manchen *di-til-la*-Texten und in den Prozeßprotokollen überhaupt, weswegen die Möglichkeit besteht, daß die Zwiegesprächsurkunde von amtlichen Geschäftsprotokollen ihren Ausgang genommen habe. Für einen solchen Ursprung einer privaten Urkundenart würden Parallelen auch aus anderen Rechtskreisen nicht fehlen.[1]

[1] Soeben versucht Spiegelberg, Ägyptologische Mitteilungen, S. 25 ff. (Sitzungsber. bayer. Akad., phil.-hist. Kl., 1925) auch die ägyptische Urkunde mit der Einleitungsformel *dd.* N. N. *(τάδε λέγει ὁ δεῖνα)* auf protokollarische Aufzeichnungen zurückzuführen. [Korr. Zusatz].

NEUE URKUNDEN ZUM BYZANTINISCHEN LIBELLPROZESSE.

VON
ARTUR STEINWENTER.

Der 16. Band der Oxyrhynchus-Papyri, den diesmal Arthur S. Hunt und H. Idris Bell (an Stelle des erkrankten Grenfell) im Sommer 1924 den Fachgenossen vorgelegt haben, brachte eine erfreuliche Überraschung für jene Papyrologen, die sich vornehmlich für das Studium der byzantinischen Periode, d. i. der Zeit von Diokletian bis zum Untergang der Römerherrschaft in Ägypten, interessieren. Enthält doch das stattliche Werk als Fortsetzung der im ersten Bande begonnenen Publikation noch dritthalbhundert nichtliterarische Texte dieser Epoche, so daß wir nunmehr auch aus Oxyrhynchus, wie schon z. B. aus Syene und Aphrodito, einen größeren, juristisch bedeutsamen Komplex griechisch-byzantinischer Papyri besitzen. Im neuen Bande sind uns aber besonders willkommen eine größere Anzahl von Urkunden aus dem 5. nachchristlichen Jahrhunderte, dessen rechtliche und wirtschaftliche Zustände durch die bisherigen Papyrusfunde noch keineswegs genügend aufgeklärt waren. Nun ist gerade dieses Jahrhundert nicht bloß für die Rechtsgeschichte Ägyptens, sondern für die Kenntnis des römischen Rechtes überhaupt von Wichtigkeit, denn in ihm entwickelt sich nach Überwindung der theodosianischen Ordnung jenes Rechtssystem, das wir bei Justinian kodifiziert vorfinden. Es ist daher überaus wertvoll,[1] Urkunden kennenzulernen, welche die uns bekannten, aber etwas dürftigen Quellen des offiziellen Gesetzesrechtes ergänzen und uns jene Praxis zeigen, die Justinians Werk voraussetzt.

Von den Fragen, auf welche durch die genannte Veröffentlichung neues Licht fällt, kann hier wegen Raummangels nur eine besprochen werden,[2] die der Prozeßeinleitung im 5. Jahrhundert. Sie wird angeregt durch eine Gruppe von sechs Papyri, die den Glanzpunkt der neuen Publikation bilden. Diese

[1] Vgl. Partsch, Sav.-Z. 44 (1924), S. 560.

[2] Von den prozessualen Fragen mußte die nach der Jurisdiktion des defensor civitatis zurückgestellt werden. Mit einigen Worten möchte ich aber auf die Bedeutung des P. 1928 hinweisen. Er enthält das erste, vollständig sicher gelesene „Protokoll“ aus byzantinischer Zeit, und damit ist eine alte papyrologische crux vom paläographischen Standpunkte aus wohl als gelöst zu betrachten — leider nicht auch vom rechtsgeschichtlichen. Nach Justinians Nov. 44. 2 (536 n. Chr.), die allerdings nur für Konstantinopel unmittelbare Geltung hatte, würde man erwarten, daß im Text des Protokolles der Name des jeweiligen comes sacrarum largitionum und das Datum der Anfertigung der Papyrusrolle geschrieben stünden. Im P. 1928 ist nun aber ein Flavius Strategius ἀπὸ ὑπάτων καὶ στρατηλάτης

Urkunden, alle aus dem 5. Jahrhundert, beziehen sich auf Zivilprozesse, welche vor dem Praeses provinciae Arcadiae verhandelt wurden. Es sind dies die vier Prozeßprotokolle Nr. 1876 bis 1879, ferner eine Eingabe, in welcher der Kläger eine außergerichtlich erfolgte Dialysis dem Gerichte mitteilt (Nr. 1880), und endlich eine Urkunde, die sich selbst als *ἀντίρρησις* bezeichnet (Nr. 1881).

Die Prozeßprotokolle bringen, wie eine Anzahl bereits veröffentlichter Urkunden,[1] die Datierung und die auf den Gang des Verfahrens bezüglichen, objektiven Feststellungen in lateinischer Sprache, während die Reden der Gerichtsorgane[2] in griechischer wiedergegeben werden.[3] Auch die Art der Datierung und die Protokollierung der Verhandlung in direkter Rede, die jedesmal mit „dixit" eingeleitet ist, entspricht den bekannten Beispielen römischer Aktenführung,[4] doch erinnert bereits manches an die Stilisierung der gesta municipalia, wie wir sie vor allem aus den ravennatischen Papyri her kennen. So wird in den Protokollen aus Oxyrhynchus die Verhandlung dadurch eröffnet, daß ein Beamter des statthalterlichen officium meldet, er habe den Klaglibell in Händen[5] und werde ihn vorlesen, falls der Statthalter es gestatte, worauf sodann auf das „*ἀνάγνωθι*" des Richters die Verlesung, mit „et recitavit" eingeleitet, erfolgt.[6] Das klingt an den Vorgang bei der Insinuation von Urkunden

genannt, offenbar ein Mitglied der bekannten Apionenfamilie (vgl. den Stammbaum der Hg. auf S. 4f.), von dem sich keineswegs nachweisen läßt, daß er, wie etwa der vir illustris Fl. Victor, comes et patricius des P. Cairo 67.151 (ca. 570 n. Chr.), comes sacrarum largitionum gewesen sei. Einmal wäre es auffallend, daß in einem offiziellen Dokumente, wie es das Protokoll doch war, gerade der Amtstitel nicht genannt würde, auf den es ankam; dann ist es aber auch kaum möglich, in dem bekannten cursus honorum des Fl. Strategius die comitiva sacrarum largitionum unterzubringen, für die nach der Datierung (12. Indiktion!) und dem Schriftcharakter die Jahre 473, 488, 503 und 518 n. Chr. in Betracht kommen. Es läßt sich meines Erachtens überhaupt nicht feststellen, welcher Würde Fl. Strategius das Vorkommen im Protokoll verdankt. An zweiter Stelle, durch ein *διά* als Vertreter des Strategius charakterisiert, wird, wie in P. Cairo 67.151 und 67.136, ein tabularius namens Aristomachus genannt. Ob dies einer der Tabularien war, die nach Cod. Just. 12, 49, 4 (382) und 10, 72, 13 (408) dem statthalterlichen officium angehörten und im Ressort der sacrae largitiones tätig waren? Vgl. Bethmann-Hollweg, R. Ziv.-Proz. III, S. 152.

[1] So z. B. der P. Bouriant, Archiv I, S. 293; P. Lips. 38; P. Berol. Inv.-Nr. 2745 = SB. 5357; P. Stud. Pal. XIV 12a; P. Cairo 67.329. Mr. Bell hatte die große Liebenswürdigkeit, mir die Umschrift eines kürzlich vom British Museum erworbenen Stückes eines griechisch-lateinischen Verhandlungsprotokolles, das die Inv.-Nr. 2563 trägt, zur Verfügung zu stellen. Es schließt sich in der äußeren Form enge an die P. Oxy. 1876—1879 an und betrifft gleichfalls eine vor dem praeses provinciae Arcadiae durchgeführte Verhandlung.

[2] Parteivorträge kommen nicht vor.

[3] Dabei werden die Verfügungen des Statthalters in sog. Kanzleischrift protokolliert.

[4] Vgl. v. Druffel, Münchener Beiträge, I, S. 50. Steinwenter, Beiträge zum öffentlichen Urkundenwesen der Römer, S. 12.

[5] P. 1877, 2: *βιβλίον, ὅπερ ἔχω μετὰ χεῖρας;* hiezu erinnern schon die Hg. an Spangenberg, Tabulae negotiorum, p. 174: gerimus prae manibus.

[6] Z. B. Nr. 1878: ex officio. *ὁποῖον λίβελλον Φιλόξενος ἀπὸ τῆς Ὀξυρυγχιτῶν ἐπιδέδωκεν τῇ σῇ ἐξουσίᾳ ἔχων μετὰ χεῖρας ἀναγνωσόμεθα, εἰ προστάξειέν σου τὸ μέγεθος.*

an, bei welcher gleichfalls die Munizipalmagistrate zuerst gebeten werden zu gestatten, daß die Urkunde entgegengenommen und vorgelesen werde, dies mit den Worten: suscipiantur documenta et legantur erlaubt wird, worauf sich die recitatio des Dokumentes anschließt.[1] Der Vergleich mit den ravennatischen Papyri verhilft auch zum Verständnis des Vermerkes „edantur“ am Schlusse (Z. 14) des P. 1877. Es ist dies die aus den Munizipalgesta und auch aus anderen Quellen[2] bekannte, eigenhändige Verfügung des die Verhandlung leitenden Magistrates, wodurch er die Edition des Protokolles an die interessierte Partei anordnet. In der Regel geht dieser Verfügung ein besonderer Antrag auf Edition voraus, worauf dann der Schreiber gewöhnlich noch einen Editionsvermerk beisetzt.[3] In unserem Papyrus fehlt dieser Antrag und Vermerk; überdies rührt, wie mir Prof. Hunt und Mr. Bell mitzuteilen die Güte hatten, das „edantur“ allem Anscheine nach[4] nicht vom Verhandlungsleiter selbst her, sondern von der Hand dessen, der das Protokoll selbst schrieb. Demnach hätten wir es nicht, wie vermutlich bei P. Berol. Inv.-Nr. 2745,[5] mit einem σχεδάριον des Protokolles, sondern mit einer für die Partei bestimmten Ausfertigung, einem exemplum,[6] zu tun. Dazu paßt ja auch der Umstand, daß die Urkunde in Oxyrhynchus gefunden wurde; ein σχεδάριον sollte doch am Verhandlungsorte angetroffen werden und der dürfte kaum Oxyrhynchus gewesen sein.[7]

Gehen wir nun zum prozeßrechtlichen Inhalt der vier Protokolle über. In diesem Belange ist vor allem festzustellen, daß das älteste Protokoll (Nr. 1879) aus dem Jahre 434 (die ἀντίρρησις sogar aus 427!) stammt, also älter ist als der Codex Theodosianus, so daß wir uns die Frage stellen müssen, welche Prozeßart wir hier erwarten dürfen. Bekanntlich ist das ordentliche Ver-

---

[1] Vgl. die bei Spangenberg abgedruckten Insinuationsprotokolle und hiezu aus den Papyri P. Cairo 67.131 Recto und P. Heid. 311 Verso (Druffel, a. a. O. S. 56). Prozeßprotokolle sind uns aus Ravenna nicht erhalten.

[2] Belege bei Druffel, S. 54[3], und Steinwenter, S. 14f.; aus letzter Zeit wäre der in diesem Punkte besonders ausführliche P. Cairo 67.329 anzuführen. Zu σχεδάριον vgl. Cod. Theod. 7, 16, 3 (423 n. Chr.) und Lyd. de mag. 3, 11; Gaudenzi, Arch. stor. It. 41 (1908), S. 361f. Steinwenter, S. 13 und 22[1], mit der Korrektur von Druffel, Berl. Phil. Wochenschr., 1915, Sp. 1066.

[3] So z. B. P. Oxy. IX 1204[26] (299 n. Chr.): Ὀλύμπιος κομενταρήσιος ὀφφικιάλιος ἐξέδωκα τὰ ὑπομνήματα.

[4] Vom ganzen Worte sind nur die beiden ersten Buchstaben deutlich zu lesen. Z. 12 und 13 sind in Kanzleischrift geschrieben und Hunt meint: I think that they may well be by a distinct hand and „edantur“ may be by this hand or, possibly, yet another: I cannot tell.

[5] Hiezu Mitteis in der Ed. princ., Druffel, S. 22, und P. M. Meyer, Zeitschr. f. vgl. Rw. 40, S. 218.

[6] Wie bei P. Bouriant.

[7] Freilich bleibt auch dann noch der von den Hg. mit Grund als „unexpected“ bezeichnete Wechsel der Hand in Z. 10 unerklärt. In unseren Protokollen fehlt es auch an einem Hinweis auf die Sportelzahlung, wie in P. Berol. 2745.

fahren des Codex Theodosianus durch die Form der Prozeßeinleitung, die denuntiatio litis, charakterisiert, die eine viermonatige Frist auslöst, innerhalb welcher die Verhandlung vor dem zuständigen Richter beginnen muß.[1] Um die Zeit, in der die uns vorliegenden Urkunden entstanden, war aber die Litis denuntiatio keineswegs mehr für alle Prozesse vorgeschrieben, sondern es wurde eine Reihe von Sachen ruptis denuntiationum ambagibus (Cod. Theod. 2, 4, 6) in einem vereinfachten Verfahren verhandelt. Hiezu gehören schon seit 371 (Cod. Theod. 2, 4, 3) die Klagen aus einem Chirographum und seit 406 (Cod. Theod. 2, 4, 6) jegliche Darlehensklage[2] sowie alle Sachen bis zu einem Streitwerte von 100 solidi.[3] Da es sich nun, soweit wir zu sehen vermögen, in unseren Papyri um Darlehensschulden, bzw. um Forderungen aus einem *χειρόγραφον*[4] handelt, so dürfen wir wohl vermuten, daß hier nirgends mehr der Denuntiationsprozeß in Frage kommt, sondern bereits die Anfänge jenes Verfahrens, das wir seit Wieding Libellprozeß zu nennen gewohnt sind.[5]

Die Prozeßeinleitung geht nach unseren Urkunden folgendermaßen vor sich. Der Kläger überreicht einen libellus dem officium des Statthalters der Provinz Arcadia, zu welcher Oxyrhynchus damals gehörte, gerichtet an die Adresse des praeses provinciae selbst (*ἐπιδιδόναι λίβελλον τῇ σῇ ἐξουσίᾳ* P. 1876[2]; 1877[2]; 1878[2]; 1880[7]; 1881[9]). In einer vor dem Statthalter anberaumten Verhandlung verliest nun ein Offizial und nicht der Kläger selbst diesen Libell,[6]

[1] Als Hinweis genüge Pauly-Wissowa, Art. „Denuntiatio" und „Litis denuntiatio" (dazu jetzt noch Wenger, Röm. Zivilprozeß, S. 262f., Korr.-N.).

[2] Si quis debiti, quod ex fenore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium vel ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem facta cautione translatum est.

[3] Kipp, Die Litisdenuntiation, S. 297f., und de Francisci, Synallagma, II, S. 281f. (Wenger, S. 265, 316.)

[4] P. 1880[9] und 1881[11]: *χρέος;* Nr. 1879[4]: *χρεῶσται ἡμέτεροι;* Nr. 1876: *ἐχρεώ]στησάν μοι φανερὰν χρυσίου ποσότητα κατὰ τὴν δύναμιν τῆς γεγενημένης εἰς ἐμὲ παρ᾽ αὐτῶν χειρογραφίας.* Hiezu bemerken die Hg. mit Recht, daß an dieser Stelle *χειρογραφία* einfach das *χειρόγραφον* bedeute und nicht, wie in älteren Urkunden, einen schriftlichen Parteieid. Vgl. Steinwenter, Versäumnisverfahren, S. 86. (Zu *φανερὰν χρυσίου ποσότητα* vgl. Mitteis zu Chrest. Nr. 71 und Nachtrag, p. V.) In Nr. 1877 und 1878 ist die Art der Klage nicht mehr sicher zu erkennen, doch spricht hier schon das Datum (488 und 461 n. Chr.) gegen Denuntiationsprozeß.

[5] Das Beiwort „justinianeischer" wird man besser durch „byzantinischer" ersetzen, da diese Prozeßform, wie sich zeigen wird, keine Erfindung Justinians ist.

[6] Es wird in keinem der vier Protokolle, soweit sie erhalten sind, überhaupt vermerkt, ob der Kläger anwesend ist. Im P. 1877 wären Zweifel möglich, da die Z. 2 schlecht erhalten ist. P. Berol. 2745 zeigt uns aber, daß im Anwaltsprozeß der advocatus für den Kläger den Libell vorträgt und die Ladung erbittet. Die Rede des Offizials wird (P. 1878 und 1879) eingeleitet durch die Worte: cum obtulisset libellum e. g. Filoxeni (leerer Raum) ex offic(io): Der Vermerk ex officio begegnet auch im P. Lond. Inv.-Nr. 2563 und Stud. Pal. XIV 12a, beide Male folgt jedoch ein Wort, das im P. Lond. von Hunt und Bell als „est" gelesen wird, im P. Stud. Pal. noch nicht entziffert ist; eine Erklärung hiezu vermag ich nicht zu geben. Im P. Stud. Pal. lauten die nächsten Worte: et cum benisset (= venisset); sollte vorher ex officio exit zu lesen sein? Cf. BGU 613[36]: *ἐξῆλθεν*

worauf, wie P. 1877 zeigt,[1] ohne weitere Zwischenrede der Präses die Klagzustellung verfügt. Dies der äußere Hergang bei der Verhandlung. Die verlesenen Klagschriften sind sehr kurz und schematisch abgefaßt. Sie lassen die Art der Klage gerade zur Not erkennen, ohne aber die technische Bezeichnung der in Frage stehenden actio zu bringen[2] oder die Höhe der Schuld anzugeben. Zum Teil ist dies gewiß auf den Umstand zurückzuführen, daß der Originallibell nur verkürzt ins Protokoll kam,[3] zum Teil auf die schon öfter beobachtete Nachlässigkeit in der Redaktion von Prozeßschriften.[4] Bei der Ladung ist dem Beklagten außer einer Protokollabschrift sicher noch ein Exemplar des Klaglibelles zugestellt worden (libellum conventionis transmittere!), so daß die verkürzte Protokollierung nichts schadete.

Die Schlußbitte des Libelles lautet im P. 1876⁸: *οὓς ἀξιῶ τὸ σὸν μέγεθος καταναγκασθῆναι συνελαύνεσθαι πρὸς εὐγνωμοσύνην* . . .,[5] im P. 1877⁷: *παρακαλῶ τὴν ὑμετέραν μεγαλοπρεπείαν πρ[οστάξαι* ca. 35 Buchst.] *συνελαύνεσθαι πρὸς εὐγνωμοσύνην, καὶ ἐγὼ τούτου τυχὼν χάριτας ὁμολογήσω* . . .; im P. 1879 sind nur Z. 6 die Worte *προστάξαι προνοίᾳ τῶν ἐκβιβαστῶν*, im P. Lond. Inv.-Nr. 2563⁷: *προνοίᾳ τῶν αὐτῶ[ν ἐκβιβαστῶν*? Bell] und einige weitere Worte ohne Zusammenhang zu lesen. In diesen formelhaften Wendungen, die auch im P. Berol. Inv.-Nr. 2745 in der Ladungsverfügung des Richters vorkommen (Z. 11: *ἡ τάξις συνελάσει τὸν παρὰ σοῦ καταμεμφθέντα*), steckt die Bitte um Rechtsschutz, ohne daß aber ausdrücklich Ladung und Prozeßeinleitung als Mittel des Rechtsschutzes genannt würden. Als Erledigung der Bitte verordnet der Statthalter im P. 1877¹²[6]: *ἡ τάξις ὑπομνήσει ἢ πρὸ δίκης τὰς τοῦ χρησαμένου τῇ διδασκαλίᾳ [ἐναγωγὰς ἀποπληροῦν* o. ä.*] ἢ ἀντιλέγοντας δικάσασθαι βιβλίον ἐπιστελλομένους.*

Διόσκορος ὑπηρέτης und aus dem Schema der gesta das „cumque itum fuisset et paulo post regressum“ (Spangenberg, p. 47).

[1] Ebenso wohl das Fragment P. Lond. Inv.-Nr. 2563; in den übrigen Stücken ist der Schluß nicht erhalten.

[2] Wie man vielleicht nach § 1 der Schrift „de actionibus“ (ed. Zachariä-Lingenthal, Sav.-Z. XIV, S. 89) erwarten würde; dort heißt es nämlich: *ἐν τῷ διαπέμπεσθαι βιβλίον ἀνάγκη ὁρίζεσθαι τὴν ἀγωγήν.* Dies müßte beim Darlehen nach § 7 lauten: *ἐπὶ δὲ τῶν περσοναλίων εἰ χρέος ἀπαιτούμεθα τὸν δανειακὸν ὁρισόμεθα* condictiona. Vgl. hiezu Levy, Konkurrenz der Aktionen, II, S. 17, und de Francisci, Synallagma, II, S. 296f.; ferner Wlassak, Anklage und Streitbefestigung, S. 176⁹⁰, der schon vor der Publikation unseres Papyrus vermutet hatte, daß sich im Denuntiationsprozesse, zumal im Osten, die Form der Edition immer weiter von den alten Mustern entfernt habe, um sich ihnen erst nach der Neubelebung der klassischen Studien wieder anzunähern (die einschlägigen Arbeiten von Brugi sind mir nicht erreichbar [Literaturübersicht jetzt bei Wenger, S. 256³⁴]).

[3] So fehlt z. B. die Adresse des Libells.

[4] Vgl. etwa Partsch, Gött. Nachr., 1911, S. 220.

[5] Vgl. hiezu Cod. Just. 7, 51, 5, 3 (Zenon): *ἐὰν δέ τις ἐναγόμενος εὐγνωμόνως ἀποδώσει.*

[6] Im P. Lond. Inv.-Nr. 2563 sind von der richterlichen Verfügung nur in Z. 10 das Wort *διδό⟨σ⟩θω* und Z. 11 *διὰ τῆς* [*τάξεως*? Bell] erhalten; eine gesicherte Ergänzung

Diese disjunktiv gefaßte Verfügung kommt uns nicht unerwartet; sie paßt sich vielmehr ganz ungezwungen in eine Entwicklung ein, die ich im Arch. f. Pap.-Forsch. VII, S. 57, anzudeuten versucht habe. In Anklang an Erscheinungen des griechischen und hellenistischen Prozeßrechtes finden wir nämlich schon in einigen Klagschriften des 4. Jahrhunderts in der Schlußbitte den Antrag, der Statthalter möge einen Lokalmagistrat delegieren, damit dieser den Gegner zum Anerkenntnis oder zur außerstreitigen Befriedigung (durch Zahlung oder Vergleichsabschluß) verhalte; wenn er aber Widerspruch erhebe *(ἀντιλέγειν)*, dann möge die Streitverhandlung vor dem zuständigen Gerichte des Statthalters durchgeführt werden. Das kehrt deutlich im Berliner Papyrus wieder, wo der Richter verfügt[1]: *ὑπομνησθήσονται διὰ τῆς τάξεως ἢ τὸ δέον δίκης ἐκτὸς ἐπιγνῶναι ἢ ἀντιλέγοντες δικάσασθαι ἐν τῷ δικαστηρίῳ.* Und so ist auch unser Papyrus aufzufassen: der Gegner soll durch das officium veranlaßt werden, den Kläger außergerichtlich zu befriedigen oder die Klage zu bestreiten.

Für beide Arten der Erledigung sind uns in den Papyri Nr. 1880 und 1881 je ein Beispiel erhalten. Bevor wir aber zur Besprechung dieser zwei Urkunden übergehen können, müssen wir uns fragen, wie sich das bis nun Erschlossene zu den reichsrechtlichen Quellen des römischen Prozeßrechtes verhält. Wie schon gesagt, kommen die den Denuntiationsprozeß betreffenden nicht mehr in Betracht; wie aber die Prozeßeinleitung in den von der denuntiatio litis befreiten Sachen vor sich ging, erfahren wir aus dem Cod. Theod. nicht. Zimmern[2], Bethmann-Hollweg[3] und ihnen folgend Kipp[4] haben angenommen, daß in diesen Fällen das Verfahren von vornherein nur mit richterlicher Ladung eingeleitet wurde, ja Kipp schließt aus der nicht ohneweiters klaren l. 6 Cod. Theod. 2, 4, daß eine Mitteilung des Klageanspruches vor der kontradiktorischen Verhandlung (inter ipsa cognitionum auspicia) nicht notwendig war, sondern erst in dieser erfolgte. Als Belege für das Vorkommen richterlicher Ladung führt Kipp[5] eine Reihe von Stellen, vorwiegend aus Symmachus an;[6] von prozessualen Gesetzen, welche die Litisdenuntiation überhaupt nicht mehr kennen und unseren Urkunden zeitlich am nächsten stehen, sind zu nennen die Nov. Val. III Nr. 35 aus dem Jahre 452, die aber nur für das Westreich unmittelbare Geltung hatte, und für den Osten die Nov.

---

erscheint mir unmöglich. Aus den Resten der Z. 10 im P. 1876 und 1879 läßt sich noch weniger herauslesen.

[1] Dies ist die Z. 15 vorkommende Wiederholung der Ladungsverfügung; das eigentliche Dekret wird Z. 11 (s. o. S. 40) angeführt und ist analog stilisiert.

[2] Rechtsgesch. III, S. 438.

[3] Zivilprozeß, III, S. 241 f.

[4] Litisdenuntiation, S. 301. Im Ergebnis ähnlich Baron (Denuntiationsprozeß, S. 160 f.), trotz seiner Polemik gegen Bethmann-Hollweg. Vgl. auch Wlassak, Provinzialprozeß, S. 40 [7].

[5] A. a. O. S. 210[50] [51]. (Gegen diese Lehre jetzt Boyé, La denuntiatio introductive d' instance, S. 331 f., Korr.-N.)

[6] Vgl. auch Steinwenter, Versäumnisverfahren, S. 126, 181.

Theod. 7, 4 (441 n. Chr.), welche zum erstenmal in den §§ 3 und 4 die für den Libellprozeß typische conventio ex sententia moderatoris provinciae nennt. Im übrigen waren wir bisher für die Prozeßeinleitung des 5. Jahrhunderts im wesentlichen auf Rückschlüsse vom justinianischen Rechte her angewiesen. Aus unseren Papyrusurkunden erfahren wir nun, daß schon in der ersten Hälfte des 5. Jahrhunders die Prozeßeinleitung bei den von der litis denuntiatio befreiten Sachen in den Formen des Libellprozesses vor sich ging. Was uns in den Papyri Nr. 1876 bis 1879 und anscheinend auch im P. Lond. Inv.-Nr. 2563 vorliegt,[1] ist das Protokoll über die Verhandlung, die zum sog. „ersten Dekret“, zur sententia commonitoria des Richters führt.[2] Der erste Akt des Verfahrens unterscheidet sich noch nicht wesentlich vom Denuntiationsprozesse, denn der Prozeß beginnt hier wie dort[3] mit der vom Kläger beim ordentlichen Richter deponierten postulatio simplex, der μονομερὴς ἐντυχία der griechischen Quellen,[4] die ihren Namen wohl daher führt, weil dieses Verfahren noch vor der Ladung des Gegners einseitig vor sich geht;[5] sie besteht, wie wir jetzt sehen, darin, daß der Libell dem Gerichte überreicht und durch Verlesung pro tribunali dem gerichtlichen Protokolle einverleibt wird. Da eine impetratio actionis nach 428 nicht mehr notwendig war,[6] konnte, wenn sich keine Bedenken gegen die Zuständigkeit ergaben, der Richter ohne weitere Verhandlung das erwähnte erste Dekret, die sententia, welche im P. 1881 11 dem lateinischen Ausdrucke entsprechend ἀπόφασις genannt

---

[1] Auch der mehrfach erwähnte Berliner Papyrus stellt ein solches Protokoll dar, doch wird hier nach der von Collinet, Rev. égypt. II, S. 70ff., aufgestellten und von P. M. Meyer, Zeitschr. f. vgl. Rw. 40, S. 217, gebilligten Meinung das Verfahren durch kaiserliches Reskript eingeleitet. Danach wäre der Richter Fl. Paulus Leontius Marinus Petronius Hesychius v. cl. comes sacri synhedrii als durch das Reskript bestellter außerordentlicher Kommissär aufzufassen. In Z. 10 stehen nach diesem langen Titel noch einige Buchstaben, die ich im Arch. VII, S. 58, Collinet folgend, irrig als ex prag(maticario) auflöste; P. M. Meyer las nämlich deutlich ex praes und noch zwei Striche, die entweder als id[e] (nämlich praeside) oder als Iterationszeichen gelesen werden könnten. Nun bemerkt Hunt, P. Oxy. XVI, p. 73, daß in der Lateinschrift der Prozeßpapyri „et“ sehr leicht „ex“ gelesen werden kann, so daß mir der Gedanke kam, es sei auch im Berliner Papyrus et praes(es) zu ergänzen und der Richter möglicherweise ein aktiver Statthalter und kein Kommissär. Wie mir jedoch Prof. Schubart freundlich mitteilt, steht „ex“ zweifellos sicher da; die beiden Striche nach praes bezeichnet auch er als derzeit nicht erklärbar.

[2] Aus dem P. Stud. Pal. XIV 12a ist der Gegenstand der Verhandlung nicht sicher zu bestimmen.

[3] Cod. Theod. 4, 14, 1, 1 (424). Steinwenter, Versäumnisverfahren, S. 114. Wlassak, Zum röm. Provinzialprozeß, S. 49[35]. (Boyé, S. 328f.)

[4] Belege bei Steinwenter, S. 114 u. 130[2]; dazu jetzt noch E. Stein, Untersuchungen über das Officium der Prätorianerpräfektur, S. 55, und de Francisci, Synallagma, II, S. 267. (Wenger, S. 265; Boyé, S. 329.)

[5] Cf. Dig. 10, 3, 81 (itp.); zum Vorgang der postulatio vgl. noch Cod. Just. 12, 25, 4 und 12, 21, 8, 4; de Francisci, II, S. 277f.

[6] Cod. Theod. 2, 3, 1.

wird, verkünden. An die Stelle der Litisdenuntiation mit ihrer Viermonatsfrist tritt aber in unseren Urkunden die *ὑπόμνησις*, ein Terminus, der wiederum der Rechtssprache des Libellprozesses entnommen ist.[1]

Für den byzantinischen Prozeß ist es nun charakteristisch, daß diese *ὑπόμνησις* eine conventio per exsecutorem ist,[2] daß der Kläger eines Exekutors bedarf, um durch ihn die Ladung zu vollziehen.[3] Die exsecutio ist die Funktion einer Amtsperson, im ordentlichen Prozesse regelmäßig eines Offizials aus der Kanzlei des Statthalters. Darüber besteht kein Zweifel;[4] hingegen ist es streitig, inwieweit der Exekutor kraft seiner amtlichen Stellung und inwieweit er als Beauftragter des Klägers tätig wird. Partsch[5] hat, gestützt auf P. Cairo 67.032, die Anschauung vertreten, daß der Kläger sich den Exekutor selbst aussuche, ihn beauftrage und ihm Instruktionen erteile, kurzum, daß er nur auf Betreiben des Klägers tätig werde, so daß man von einer amtlichen Ladung eigentlich kaum reden könne. Dagegen habe ich unter Zustimmung von P. M. Meyer,[6] de Francisci (Synallagma, II, S. 284[4]) und der Hg. von Oxy. XVI (p. 76) die Vermutung geäußert,[7] daß es im ordentlichen Prozesse der Jurisdiktionsmagistrat sei, der den Exekutor bestelle, und daß dieser als Gerichtsorgan auftrete, wenn auch ein gewisser Einfluß des Klägers auf den Ladungsvollzug nicht geleugnet werden könne. Meines Erachtens haben die neuen Urkunden im Verein mit P. Berol. Inv.-Nr. 2745 diese Vermutung nicht widerlegt. Die in P. 1880 und 1881 vorkommenden *ἐκβιβασταί* (= exsecutores) sind *σιγγουλάριοι*, also untergeordnete militärische Organe des statthalterlichen officium;[8] in P. 1877 sind es aber die als Polizeibeamte bekannten riparii, denen der Vollzug der Ladung übertragen wird.[9] Die *τάξις* ist es auch, die im Berliner Papyrus und in P. Oxy. 1877 beauftragt wird, den Gegner zu bewegen, *πρὸ δίκης* den Kläger zu befriedigen.[10] Dieses *συνελαύνειν πρὸς εὐγνωμοσύνην* ist wohl aufzufassen als eine Art energisches Zureden, als *ἐπαναγκάζειν* im Sinne der Terminologie der ersten nachchristlichen Jahrhunderte.[11] Daß die Auswahl und Bestellung

---

[1] Cf. Ed. Praef. Praet. 17. Theoph. 4, 6, 24. Nov. Just. 11, 1; 53, 3, 1; 112, 3, 1. Bethmann-Hollweg, III, S. 249[35], und de Francisci, II, S. 284. (Wenger, S. 265.)

[2] Vgl. die Interpolation der Worte „per exsecutorem" in Cod. Just. 7, 39, 3.

[3] Partsch, Gött. Nachr., 1911, S. 241, 247.

[4] Partsch, S. 241.

[5] A. a. O. und Zur Geschichte der negotiorum gestio, I, S. 100.

[6] Zeitschr. f. vgl. Rw. 40, S. 218; der Aufsatz von Thomas in den Études Girard, I, S. 394f., ist mir derzeit nicht zugänglich.

[7] Versäumnisverfahren, S. 132f. (Zustimmend auch Wenger, S. 266[24].)

[8] Hiezu vgl. z. B. P. Lond. 1710 (565—573); 1797 (546!); P. Cairo passim cf. Index, III, und Wilcken zum P. Graz (arab. Zeit) im Arch. II, S. 183.

[9] Das ergibt sich aus der Adresse *(διφθ[έρα] τῶν ῥιπαρίων τῆς Ὀξυρυγχ[ιτῶν])* in Verbindung mit dem klägerischen Antrag *προνοίᾳ τῶν ῥιπαρίων* in P. Lond. V 1650[4] und *προνοίᾳ τῶν ἐκβιβαστῶν* in P. Oxy. XVI 1879[6] und P. Lond. Inv.-Nr. 2563.

[10] Vgl. Nov. Just. 53, 3: *ἀπαλλαγῆναι φιλικῶς*.

[11] Vgl. Mitteis, Zur Lehre von den Libellen, S. 109. P. M. Meyer, Jur. Papyri, S. 195.

des Exekutors nicht einen Gegenstand der Verhandlung vor dem Statthalter bildet, darf nicht befremden, denn beides ist vom officium außerhalb der cognitio zu erledigen.[1] Man wird also daran festhalten dürfen, daß die Ladung im Libellprozesse trotz der Ingerenz des Klägers im wesentlichen eine amtliche war.

Es fragt sich noch, welche Bedeutung im P. 1880 und 1881 der Wendung: *ἑπομένου Παύλου σιγγουλαρίου*, bzw. *ἑπομένων σιγγουλαρίων καὶ ἐκβιβαστῶν* beizulegen sei. Nach justinianischem Rechte hätte der Exekutor nicht nur die Ladung auszurichten, sondern auch das *ἀντιβιβλίον* und die cautio iudicio sisti des Beklagten entgegenzunehmen (J. 3, 2, 4; Nov. 53, 3, 2) und von ihm die gebührenden Sporteln zu empfangen. Es ist daher einleuchtend, daß der Kläger allein ohne Mitwirkung des Exekutors keine entscheidenden Schritte unternehmen kann. Das wird denn auch der Grund sein, weshalb in dem Klageverzicht P. 1880 und in der *ἀντίρρησις* P. 1881 durch die oben angeführten Worte zum Ausdrucke gebracht wird, daß der oder die Exekutoren[2] an dem betreffenden Akte mitwirken, wahrscheinlich auch die Eingabe persönlich überreichen.

Die Erwähnung der *ἀντίρρησις* führt uns zur Besprechung des der Ladung normalerweise folgenden Prozeßschrittes. Ich kann hier an meine Ausführungen im Arch. VII, S. 52f., über die libelli contradictorii anknüpfen. Dort habe ich die These vertreten, daß nach byzantinischem Prozeßrechte bei der Ladung eine ausdrückliche Erklärung des Belangten notwendig war, des Inhaltes, daß er den geltend gemachten Anspruch bestreite und prozessieren wolle; dies gehöre ebenso wie die Leistung der Prozeßkaution zur Defension des Beklagten. Dieser mehr formelle Widerspruch sei das *ἀντιβιβλίον* der Nov. 53, 3 und die *ἀντίρρησις* des P. Berol. Inv.-Nr. 2745. Daneben kämen auch Libelle nach Art des P. Cairo III 67.295 vor, die eine ausführliche Widerlegung der Klagschrift und die Anmeldung von Einreden enthielten, vom Standpunkt des Prozeßrechtes aber nur fakultativ waren.

Diese Vermutungen lassen sich den neuen Urkunden gegenüber nicht bloß aufrechterhalten, sie werden durch sie meines Erachtens geradezu bestätigt. Konnte man gegenüber den Worten des Berliner Papyrus: *εἰ δὲ ἀντιρρήσει χρήσηται, παράξει τοῦτον παρὰ τὸ δικαστήριον τάς ὑμετέρας ἐναγωγὰς [ἀ]ποδεχόμενον* noch Zweifel hegen, was unter *ἀντίρρησις* zu verstehen sei, so sind diese nunmehr durch P. 1877 und 1881 zerstreut, denn in der erstgenannten Urkunde lautet die Antithese: entweder befriedigen oder *ἀντιλέγειν* und prozessieren, indem man ein *βιβλίον* einsendet! Also schon im ersten Dekrete wird

[1] Lyd. de mag. III, 11. Mansi, Conc. Coll. VI, c. 1030f. Da die Kanzlei hier als Gerichtsorgan handelt, wird bisweilen auch der Richter als derjenige bezeichnet, welcher den Exekutor aussendet.

[2] Wenn im P. 1881 zwei Exekutoren tätig sind, so hat dies wohl seinen Grund darin, daß die beklagte Partei aus mehreren Personen besteht.

der Gegner aufgefordert, die Übernahme des Prozesses durch einen besonderen Libell anzuzeigen, und ein solcher liegt uns im P. 1881 vor, der sich selbst *ἀντίρρησις* nennt. Die Urkunde enthält zunächst eine Bestätigung über den Empfang des Ladungsdekretes, wobei der Tag des Empfanges entgegen der späteren Vorschrift Justinians (Nov. 53, 3) nicht angegeben ist, so daß sich auch nicht feststellen läßt, ob die zehn Tage Überlegungsfrist eingehalten wurden, die nach Justinians Worten schon die *παλαιότης* gekannt habe. Anschließend daran erklären die Beklagten ihren Streitwillen: *ἐπερειδόμενοι τοῖς ἡμετέροις δικαίοις εἰς τὴν δέουσαν ἀντίρρησιν ἐληλύθαμεν, ἐπικαλούμενοι τὴν ἐν τῷ ἀχράντῳ σου δικαστηρίῳ διάγνωσιν,*[1] *εἰς περέωσιν τῶν ἀποφανθέντων*. Also in der Tat ein bloß formelles Bestreiten ohne eigentliche Klagebeantwortung.

Mit der *ἀντίρρησις* verbunden erscheint in derselben Urkunde eine eidliche Kaution mit Allelengye der Beklagten, die folgenden Wortlaut hat: *ὁμολογοῦμεν ἐξ ἀλληλεγγύης ἐπομνύμενοι θεὸν τὸν παντοκράτορα καὶ τὴν ευσεβίαν τῶν τὰ πάντα νικώντων δεσποτῶν ἡμῶν Φλαουίων Θεοδοσίου καὶ Οὐαλεντινιανοῦ τῶν αἰωνίων Αὐγούστων ἐπὶ τῷ ἡμᾶς ἐντεῦθεν ἤδη ἀναπλεῦσαι εἰς τὴν τάξις ὅπου δ' ἂν διάγει τὸ δικαστήριον καὶ δικάσασθαι πρὸς τὸν προκείμενον ἀντίδικον καὶ μὴ ἀπολιφθῆναι ἄχρι πέρατος τύχῃ τὰ τῆς ὑποθέσεως*. Wir haben es hier offenbar mit einem Vorläufer der cautio iudicio sisti des Libellprozesses zu tun, die in den kodifizierten Quellen des Ostreiches erst 29 Jahre später, allerdings als ein bereits in Geltung stehendes Rechtsinstitut auftaucht. Cod. Just. 1, 3, 25 (456 n. Chr.). Darauf weist schon die weitgehende terminologische Übereinstimmung mit der Textierung der cautio bei Justinian hin.[2] Andererseits zeigt die Ausdrucksweise des P. 1881 auch den unverkennbaren Zusammenhang mit den aus Papyri der römischen Epoche bekannten Gestellungsversprechen,[3] so daß wir nunmehr die Entwicklung der cautio iudicio sisti aus den Gestellungsversprechen des römischen Provinzialprozesses besser darzulegen vermögen. Auffallend ist es bei der cautio iuratoria[4] unseres Papyrus, daß die Beklagten sich nicht bloß zur Gerichtsfolge ver-

[1] Der *προκάταρξις* = litis contestatio wird in keiner der Urkunden ausdrücklich gedacht; es findet sich auch meines Erachtens nichts, was gegen die Verlegung der litis contestatio in den ersten kontradiktorischen Termin (Steinwenter, Krit. Vierteljahrschrift, 20, S. 379) und für die Fiktion der litis contestatio im Augenblicke der conventio (Sohm, Die Litiskontestation, S. 92f.) sprechen würde.

[2] Vgl. Cod. Just. 10, 11, 8, 7 (l. rest.): *διόμνυσθαι . . . ὡς προσεδρεύσουσι τῷ δικαστηρίῳ — καὶ οὐκ ἀπολειφθήσονται τοῦ δικαστηρίου*, Inst. 4, 11, 2: . . . satis dationem . . . quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis.

[3] P. Oxy. II 260 = Chrest. 74 (59 n. Chr.). P. Hamb. 4 = P. M. Meyer, Jur. Papyri 86 (87 n. Chr.). Oxy. IX 1195 (135 n. Chr.); XII 1456 (284—286 n. Chr.). Vgl. ferner noch P. Lond. II, S. 153 = Chrest. 87, Z. 3; BGU II 592; III 871; 891 R. P. Lips. 52; 53. Die Literatur hiezu ist gesammelt bei P. M. Meyer, Jur. Papyri, S. 294.

[4] Die Belangten müssen offenbar Grundbesitzer gewesen sein, weil sie zur cautio iuratoria zugelassen werden. Bethmann-Hollweg, III, S. 250.

pflichten, sondern auch eine Defensionserklärung abgeben. Das paßt zwar zu den eben genannten Vorbildern,[1] geht aber über die cautio iudicio sisti hinaus, welche nach einer freilich nicht unbestrittenen Meinung nur die Gestellungszusage enthielt, während die zweite Kaution, welche die Defension betraf, erst in der ersten kontradiktorischen Verhandlung geleistet wurde.[2]

Weiter muß bemerkt werden, daß die *ἀντίρρησις* aus Oxyrhynchus, wie das „di emu" am Schlusse beweist, eine private Tabellionenurkunde ist, welche an den princeps der statthalterlichen Kanzlei[3] gerichtet ist, während man nach den Rechtsbüchern[4] erwarten könnte, daß die Kaution den Exekutoren persönlich geleistet wird, sowie diese *ἀντιβιβλίον* und Sporteln selbst entgegennehmen. Das „dare executori iuratoriam cautionem" (Cod. Just. 1, 3, 25, 1 b) bestand jedoch, wie wir jetzt aus P. 1881 lernen, darin, daß der Beklagte seine Erklärung in einer an die Gerichtskanzlei adressierten Homologie als Klausel der *ἀντίρρησις* abgibt[5] und die ganze Urkunde aller Wahrscheinlichkeit nach dem Exekutor, dessen Mitwirkung in Z. 4 erwähnt wird, zur Weiterleitung einhändigt. Der Umstand, daß Kaution und libellus contradictorius sich an die Gerichtskanzlei richten, ist ein neuerlicher Beleg für die vermutete Stellung des Exekutors als Gerichtsorgan.

Die letzte der hieher gehörigen Urkunden, P. 1880 aus dem Jahre 427, betrifft einen Fall, in dem der Kläger, entsprechend dem richterlichen Dekrete, vor der ersten kontradiktorischen Verhandlung befriedigt wurde. Der Kläger Aurelius Cyrus richtet hier nämlich, anscheinend auch in Form einer Tabellionenurkunde,[6] durch seinen Exekutor eine Anzeige an die Kanzlei des Statthalters.[7] In dieser erzählt er, daß er seinen Gegner Nestorius in einem Libell beim Statthalter verklagt habe; Nestorius habe aber die Forderung bei der Gestellung durch den Exekutor befriedigt *(τὸ ἱκανόν μοι πεποιηκότα*[8]*)*, so daß ihm keinerlei Anspruch gegen den Belangten mehr zustehe. Er schwöre beim all-

---

[1] Bezeichnend ist vor allem P. Oxy. XII 1456, der auch zeitlich unserer Urkunde am nächsten steht. Hier lautet das Versprechen *ἐμφανῆ ἐμαυτὸν καταστήσασθαι τῷ ἡγεμόνι . . . καὶ δικάσασθαι ἐπ' αὐτοῦ πρὸς τοὺς . . . κωμάρχας.*

[2] Vgl. Bethmann-Hollweg, III, S. 250[45], mit Muther, Sequestration und Arrest, § 113f.; Wieding, Libellprozeß, S. 513; Steinwenter, Versäumnisverfahren, S. 137, 158f., 170.

[3] Die Adresse lautet eigentlich: An das officium des princeps des praeses provinciae, gemeint dürfte aber der princeps officii praesidis sein. Vgl. die Hg., S. 80.

[4] Stellen bei Bethmann-Hollweg III, S. 249f.; vgl. auch Wieding, S. 515, und Partsch, a. a. O. S. 247f.

[5] *ὁμολογίαν ἐκτίθεσθαι* sagt Nov. 123, 21, 2.

[6] Nach Cod. Just. 8, 17, 11 (472) genügt übrigens ein Idiochirum *(χειρόγραφον)*, um aus einer transactio die personalis actio geltend zu machen. Vgl. Schwarz, Öffentliche und private Urkunde, S. 267.

[7] Richtiger gesagt, an die Kanzlei des princeps; s. o. Anm. 3.

[8] *ἱκανὸν ποιεῖν* kann hier, wie der folgende Satz beweist, nicht die Kautionsleistung bedeuten. Vgl. die Stellen bei Steinwenter, Versäumnisverfahren, S. 164[7].

mächtigen Gott und der Eusebeia der Kaiser Theodosius und Valentinian, keine Klage mehr aus irgendeinem Vorwande zu führen, weder jetzt noch in Zukunft, sondern an dem Dialysis genannten[1] Abkommen, das er überdies durch Stipulation bekräftige, festzuhalten. Was uns hier vorliegt, ist also nicht eine Vertragsurkunde über die zwischen Nestorius und Cyrus zustande gekommene Abmachung,[2] sondern eine einseitige, dem Gericht gegenüber abgegebene Erklärung; es läßt sich nicht sicher sagen, ob dieser Anzeige eine Quittung oder eine vertragliche Dialysis parallel gegangen ist. Von verwandten Stücken ist P. Soc. It. III 185 (425—455) und P. Flor. 311 (447 n. Chr.) zu nennen; doch ist bei der ersten Urkunde nur der Schluß mit dem Eid und der Klausel: *ἐξέδωκα ταύτην τὴν διάλυσιν πρὸς ἀσφάλειαν*[3] erhalten, so daß man nicht weiß, an welche Adresse sie gerichtet ist. Hingegen ist der P. Flor. 311 deutlich dem Belangten ausgestellt *(ἀξιωθεὶς ἀπέστην τῆς κατὰ σοῦ αἰτιάσεως)*, wäre also möglicherweise eine der Anzeige an das Gericht entsprechende Parallelurkunde.

Wir fragen uns nun, welche rechtliche Wirkung hatte eine solche Anzeige auf den schwebenden Prozeß? Damit berühren wir ein Gebiet, über das die Rechtsquellen dieser Zeit auffallend wenig Aufschluß geben. Wir wissen zwar aus den Digesten, daß es im Formularprozesse zur denegatio actionis kommen konnte, wenn der „Kläger" trotz Vergleiches oder Befriedigung das Verfahren nach der in ius vocatio fortsetzen wollte (Gai., Dig. 2, 4, 22, 1; Ulp. 2, 11, 2 pr.), nicht aber, welchen Einfluß diese Umstände auf den mit conventio per executorem eingeleiteten Prozeß hatte.

In der neueren Literatur wird, im Gegensatz zur älteren gemeinrechtlichen, die Meinung vertreten, daß auch im justinianischen Prozeßrechte die transactio als solche nicht streitbeendigend wirke,[4] sondern arg. Cod. Just. 2, 4, 28 (294) nur einen materiellen Aufhebungsgrund für den Klaganspruch darstelle, möge sie gerichtlich oder außergerichtlich, durch Paktum oder Stipulation abgeschlossen sein.[5] Da nun Bethmann-Hollweg[6] auf Grund von Cod. Theod. 11, 36, 18, pr. (364) ,und 11, 30, 37 (378) die Zulässigkeit einer durch richterliches Interlokut ausgesprochenen denegatio actionis an-

---

[1] Dialysis bedeutet die Lösung eines Schuldverhältnisses durch Zahlung wie durch Vergleich. Druffel, a. a. O. S. 28[1].

[2] Solche vertragliche Dialysisurkunden sind uns zahlreich erhalten; die Hg. führen folgende Beispiele an: P. Lond. I, p. 199, 204; III, p. 265; V Nr. 1717, 1728, 1731. P. Grenf. I, 65. P. Mon. 1, 7, 14. P. Cairo 67.156-7, 67.167-8. SB. 2137, 5763, 6000. Dazu kommen noch zahlreiche koptische Papyri.

[3] Ähnlich wie in unserem Papyrus Z. 17; der Umstand, daß in beiden Urkunden vor *ἀσφάλειαν* das Wort *σὴν* fehlt, würde es nahelegen, P. Soc. It. auch als Anzeige an das Gericht aufzufassen.

[4] Trotz Cod. Just. 2, 4, 20 (293) itp.!

[5] Kretschmar, Vergleich, S. 23f. H. Lehmann, Prozeßvergleich, S. 20f.

[6] Röm. Zivilprozeß, III, S. 247[30] u. 248[33]; vgl. auch Heffter, System d. röm. u. deutschen Ziv.-Proz.[2], § 309[167].

nimmt,[1] so muß im Sinne dieses Schriftstellers wohl auch im nachklassischen Prozesse Vergleich und Befriedigung vor der Prozeßbegründung zur Abweisung der actio geführt haben. Bezüglich des Verzichtes aber haben schon die älteren Schriftsteller[2] und ihnen folgend die gemeinrechtliche Literatur aus der const. 4, Cod. 2, 3 — die, aus dem Jahre 206 stammend, freilich einen anderen Prozeß voraussetzt —, und const. 5, 3, Cod. 7, 51 (Zenon) geschlossen, daß dem Kläger an sich die renuntiatio litis gestattet sei, wenn sie die renuntiatio causae in sich begreife. Wenn dieser Verzicht vor der Litiskontestation geschehe, lasse er den Prozeß überhaupt nicht entstehen, wenn aber nachher, so mache er das freisprechende Urteil in der Hauptsache entbehrlich, allerdings nur dann, wenn der Beklagte dem Verzichte zugestimmt hat. In beiden Fällen sei arg. Cod. 2, 3, 4 die Erneuerung der Prozeßführung unzulässig.

Aus diesen Mitteilungen ersieht man, daß die Quellengrundlage der gemeinrechtlichen Prozessualisten eine schwache war und daß sich keine Stelle findet, die gerade für das 5. Jahrhundert sicheren Aufschluß geben würde. Leider lassen sich auch aus dem P. 1880 diese Streitfragen unmittelbar nicht beantworten, denn wir erfahren nicht, welchen Einfluß die Anzeige der erfolgten Dialysis auf den Prozeß tatsächlich gehabt hat; nur einige Vermutungen sind möglich. Zunächst muß mit Sicherheit angenommen werden, daß schon durch die solutio *(ἱκανὸν ποιεῖν)* die Forderung des Klägers erloschen ist, mithin der allenfalls dem Schuldner ausgestellten Dialysisurkunde die Wirkung einer dispositiven Quittung nicht zuerkannt werden braucht. Das Verfahren hätte also, mag nun der Beklagte bereits geladen worden sein oder nicht, mag er zur kontradiktorischen Verhandlung erschienen sein oder nicht, in der Hauptsache niemals ein für den erschienenen Kläger günstiges Urteil herbeiführen können,[3] wenn dem Richter die solutio bekannt wurde. Nun geht aber aus der Tatsache, daß der Kläger die geschehene Dialysis und den Klagverzicht[4] dem Gerichte schriftlich mitteilt, deutlich hervor, daß weder er noch der Beklagte beabsichtigen, vor Gericht zu verhandeln, daß keiner sich etwaigen Versäumnisfolgen, auch nicht im Kostenpunkte, aussetzen will, sondern daß beide von der Anschauung ausgehen, das gerichtliche Verfahren sei nunmehr zu Ende. Wird von keiner der Parteien ein weiterer Antrag gestellt, so bleibt der Prozeß in der Tat liegen. Die Anzeige über die erfolgte Dialysis soll aber auch Schutz gewähren gegen ein unredliches, einseitiges Vorgehen der einen Partei gegen die andere. Dem Kläger muß, wenn er trotz seiner Anzeige gegen den Beklagten ein neues

---

[1] Etwas anders Wieding, S. 147, der zwar wegen Cod. Theod. 2, 3, 1 (428) eine allgemeine denegatio wie impetratio actionis nach 428 leugnet, aber in gewissen Fällen, wie bei geleistetem Eide oder bei erwiesener exceptio, dennoch die denegatio actionis als zulässig erklärt.

[2] Übersicht bei Buchka, Einfluß d. Prozesses auf das mat. Rechtsverh. II, S. 104[43]; vgl. ferner noch Wetzell, System d. gem. Ziv.-Prozesses[3], S. 550, und die dort angeführte Literatur und Bethmann-Hollweg, III, S. 258[29].

[3] Steinwenter, Versäumnisverfahren, S. 64f.

[4] Zum Formular dieser Verzichte B. Schwarz, Öffentliche und private Urkunde, S. 98f.

Verfahren einleiten oder das alte fortführen wollte, die denegatio actionis durch den Richter gedroht haben, da ja das Nichtbestehen des Anspruches und der Klagverzicht (arg. Cod. 2, 3, 4) aktenkundig waren. Aber auch aus den Prozeßkautionen des Beklagten könnte der Kläger keine Rechte geltend machen, da durch die Dialysis, wie wir aus der interpolierten lex 2, pr., Dig. 2, 11 auch für das 5. Jahrhundert schließen können, der Beklagte der Verpflichtung zur Gerichtsfolge enthoben wurde.

Für den Gegenfall, daß nämlich der erschienene Beklagte seine sumptus et expensas durch Versäumnisantrag vom abwesenden Kläger hereinbringen wollte, lassen uns die Quellen ganz im Stich, da wir nur die für den Westen erlassene Nov. Val. 35 kennen. Danach mußte der Beklagte vier Monate lang Gerichtsfolge bewahren, bevor er gegen den Kläger vorgehen konnte — ein Fall, der für P. 1880 nicht in Rechnung kommt. Wir wissen also nicht, inwiefern die Anzeige der erfolgten Dialysis auch dem Kläger Schutz gegen Kostenforderungen bieten konnte.

Die zuletzt berührten Normen des Versäumnisverfahrens regen weitere Erwägungen an, die zum Schlusse noch vorgebracht werden müssen. Im ersten der erhaltenen Protokolle, P.-Nr. 1876, vielleicht auch im P. 1879,[1] sind, wie schon die Hg. notiert haben, die zu belangenden Personen allem Anscheine nach abwesend und unbekannten Aufenthaltes. In welcher Weise soll nun hier das Verfahren eingeleitet werden? Aus den dürftigen Resten der Schlußbitte des P. 1879 läßt sich nicht mehr entnehmen, als daß ein Auftrag an die Exekutoren erbeten wird, im P. 1877 aber möchte man aus den erhaltenen Teilen mit Vorbehalt folgendes herauslesen. Der Kläger beschwert sich, daß seine Gegner sich bereits 15 Jahre lang durch Flucht *(φυγή)* ihren Verpflichtungen aus der *χειρογραφία*[2] entziehen und auch jetzt niemand von ihnen anzutreffen sei. Er stellt deshalb — anscheinend — zwei Anträge. 1. Das officium des Statthalters und die *δημοσιεύοντες* von Oxyrhynchus mögen bezüglich eines Hauses, welches zu den von den Gegnern für ihre Schuld verpfändeten Vermögensstücken gehört, irgendwelche Vorkehrungen treffen, und 2. soll ein gewisser Serenus und Martyrius[3] durch den Statthalter gezwungen werden, *συνελαύνεσθαι πρὸς εὐγνωμοσύνην*.

Welchen Sinn dürfen wir nun diesen beiden Anträgen beilegen? Mit dem ersten bezweckt der Kläger offenbar irgendeine Beschlagnahme des verpfändeten Hauses zu Sicherungszwecken. An eine allgemeine missio in bona als Einleitung des Versäumnisverfahrens gegen einen latitans kann schon nach dem Wortlaute des Libells, der gerade nur das eine Haus nennt, nicht gedacht

[1] Vgl. Z. 5: *πεφευγότων καὶ ἑτέρων ἐν διακατοχ[ῇ γενομένων* und Z. 8: *π]εφευγότων πραγμάτων ἐπιγνῶναι.*

[2] Es läßt sich nicht erkennen, ob in unserem Falle die Vorschriften der const. 1, Cod. Theod. 2, 27 (421), noch befolgt wurden. Danach hätte nach Ablauf von 12 Jahren seit der Ausstellung des Cheirographon durch ein Ediktalverfahren dessen Erneuerung bewirkt werden sollen. Dazu Muther, Sequestration und Arrest, S. 268.

[3] Die Namen stehen unmittelbar nach einer Lücke.

werden; vielmehr beantragt der Kläger meines Erachtens eine missio in rem[1] unter Mitwirkung der Gerichtskanzlei und der Lokalbehörde, wobei er sich auf sein Pfandrecht und die Tatsache stützt, daß der Pfandeigentümer unbekannten Aufenthaltes ist. Eine missio in rem gegen einen Abwesenden begegnet bei dinglichen Klagen bereits im klassischen Rechte;[2] bei Justinian finden wir sie an mehreren Stellen, die jedoch alle voraussetzen, daß dem Beklagten die Ladung zugestellt wurde und er zum kontradiktorischen Termin nicht erschien, also contumax ist.[3] In unserem Papyrus wird aber schon in der prozeßeinleitenden postulatio simplex um die missio gebeten. Man könnte vielleicht geneigt sein, zur Erklärung auf die l. 3, Cod. Just. 8, 13 (205), zu greifen, auf die sich die Lehre vom pactum de ingrediendo stützt[4] und deren interpolierter Schlußsatz[5] beweist, daß im justinianischen Rechte das ingredi in possessionem des Pfandes nur mit Erlaubnis des Provinzialstatthalters geschehen durfte.[6] Dementsprechend müßte also angenommen werden, daß in unserem Papyrus der Kläger gleichzeitig mit der Einleitung der condictio certi um diese richterliche Erlaubnis ansuche. Das würde aber voraussetzen, daß die zugrunde liegende *χειρογραφία* ein solches pactum de ingrediendo enthalten habe, was aber in der Urkunde nicht gesagt wird und daher unterstellt werden müßte. Es wird sich aber eine meines Erachtens bessere Erklärung finden lassen, wenn wir eine weniger benützte Rechtsquelle, die Edikte der Prätorianerpräfekten, heranziehen. Unter diesen finden wir nämlich eine Reihe von Vorschriften über die Form, in welcher die missio in vacuam possessionem von Liegenschaften, die von ihren Besitzern verlassen wurden, vor sich gehen sollte.[7] Hiezu war notwendig eine sententia des praeses provinciae, die Mitwirkung des officium und der Exekutoren oder in den Provinzen des defensor civitatis, endlich das Zeugnis der *δημόσιοι* (Ed. 29), bzw. der *δημοσιεύοντες* (Ed. 12) des Ortes und der Grundnachbarn, daß es sich um eine vacua possessio handle. Alle diese Voraussetzungen treffen aber, wie mir scheint, in unserem Falle zu! Eine vacua possessio liegt vor; beantragt wird eine Verfügung des

[1] An eine missio in rem denkt (nach brieflicher Mitteilung) auch Taubenschlag; eine richterliche Sequestration kommt meines Erachtens nicht in Betracht.

[2] Dig. 42, 4, 7, 16—19 (Celsus bei Ulp.). Bethmann-Hollweg, II, 571[70]. Vgl. auch Hellmann, Münchner Festgabe für Planck, S. 233; 248, und Riccobono, Bull. Ist. Dir. Rom. VIII, S. 195f.

[3] Vgl. Cod. 7, 43, 8 (itp.); 3, 19, 2, 2 (itp.); 7, 39, 8, 3 (Just.); 10, 11, 8, 7a (l. rest.). Nov. 53, 4, 1; 69, 3 pr. Nachweise in meinem Versäumnisverfahren, S. 154f.

[4] Rudorff, Zeitschr. f. gesch. Rw. XIII, S. 202f.; Dernburg, Pfandrecht, II, S. 327; Wach, Arrestprozeß, S. 57; Goldschmidt, Sav.-Z. 10, S. 396[1]; Mitteis, Reichsr. u. Volksr., S. 431; Naber, Mnemosyne, 24, S. 171.

[5] Naber, a. a. O. Gradenwitz, Sav.-Z. 26, S. 348[1]; Riccobono, Essays in Legal History, S. 73 (mir nicht zugänglich).

[6] . . . attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent.

[7] Nov. 167. Ed. Praef. Praet. (ed. Zachariä) 5; 12; 29; 33. Darüber zuletzt v. Druffel, Münchener Beitr. z. Papyrusforschung, I, S. 63[1].

Präses, die vom officium *(τάξις)* und den *δημοσιεύοντες* durchgeführt werden soll, wobei die Hg. (S. 73) unter Anführung entsprechender Belege, jedoch ohne Kenntnis der hier benützten Edikte, vermuten, daß im P. 1876 der defensor unter den *δημοσιεύοντες* (Lokalbehörden) mitinbegriffen sei. Das Ed. 29 des Präfekten Archelaos (524 oder 525) führt uns sogar noch einen Schritt weiter. Während sonst die missio auf Grund behaupteten Eigentumes begehrt wird, heißt es in dem erwähnten Edikte: *εἰ δὲ ὑποθήκας προβάλλεται, κατὰ τὸ τῶν ὀφλημάτων παραδοθῆναι μέτρον.*[1] Also auch ein Pfandrecht berechtigt, die missio in rem zu beantragen, und zwar ohne daß eine Kontumazialladung, die ja wegen der Abwesenheit des Eigentümers nicht möglich wäre, vorausginge. Wir dürfen also mit der durch den Zustand des Papyrus gebotenen Vorsicht sagen, daß schon im Jahre 480 eine derartige Einweisung des Hypothekengläubigers — vermutlich ein Rest hellenistischer Anschauungen — zulässig gewesen ist. Freilich müssen wir uns dabei fragen, welchen Sinn der zweite Antrag des Klägers hat; er ist, wie wir gesehen haben, die gewöhnliche Schlußbitte, die im P. 1877 die conventio per exsecutorem bezweckte. Eine conventio wäre aber in unserem Falle nicht denkbar, da gegen einen Abwesenden, dessen Aufenthalt unbekannt ist, nur missio in bona möglich ist.[2] Will man also in der Schlußbitte nicht bloß ein verblaßtes, stereotypes Ansuchen um Rechtsschutz überhaupt erblicken, so bliebe höchstens noch zu erwägen, ob die in Z. 8 genannten Gegner Serenus und Martyrius auch zu den früher erwähnten Abwesenden gehören oder ob, was aber nicht wahrscheinlich ist, in der Lücke der Z. 8 gestanden hat, daß diese Beklagten erreichbar seien und daher geladen werden können. Dieser Punkt muß also wegen des Zustandes der Urkunde unentschieden bleiben.

Wenn wir zum Schlusse versuchen, die Ergebnisse der neuen Urkunden für die Geschichte des spätrömischen Prozeßrechtes zusammenzufassen, so können wir sagen, daß wenigstens in Ägypten zu einer Zeit, da die Litisdenuntiation mit ihrer Viermonatsfrist noch die offizielle Prozeßeinleitungsform war, in den von ihr befreiten Sachen sich bereits ein Verfahren herausbildet, das sich fast in allen wesentlichen Stücken mit dem justinianischen Libellprozesse deckt und diesen so unserem Verständnisse näherbringt. Wir können nunmehr die Anfänge des Libellprozesses bis in die Gerichtspraxis des ersten Drittels des 5. Jahrhunderts verfolgen und sehen jenes Verfahren entstehen, welches die Schule von Beryt ihren theoretischen Betrachtungen zugrunde legen mußte und das ungefähr ein Jahrhundert später auf Justinians Kodifikation des römischen Privatrechtes entscheidenden Einfluß gewann.

Graz, im Feber 1925.

---

[1] Vgl. hiezu die Ausdrucksweise der Nov. Just. 53, 4, 1 (537): *ἐπὶ νομῆς πεμπέτω τὸν διώκοντα τῶν αὐτοῦ πραγμάτων πρὸς τὸ μέτρον τοῦ διαφαινομένου χρέους.*

[2] Steinwenter, Versäumnisverfahren, S. 42. (Vgl. Boyé, S. 214[33].)

ZUR INTERROGATIO IN IURE NACH KLASSISCHEM RECHTE.

VON
JULIUS GEORG LAUTNER.

I.
KONSTRUKTION UND FUNKTION DER INTERROGATIO IN IURE.[1]

Unter den *interrogationes in iure* des klassischen Zivilprozesses sind in bestimmten Rechtsstreitigkeiten zulässige Fragen des Prätors oder des Klägers selbst *in iure* an den Beklagten zu verstehen „über gewisse juristische oder tatsächliche, den Beklagten betreffende Umstände, die für die Entscheidung des Prozesses von Wichtigkeit sind . . ., worauf der letztere eine der Wahrheit entsprechende Antwort zu geben verpflichtet ist, da sonst eine falsche Antwort oder die Verweigerung der Antwort sehr unliebsame Folgen für ihn haben kann".[2] Die Antwort des Beklagten fand Aufnahme in die Formel und die auf diese Weise modifizierte Klage führt in den Digesten den Namen *actio interrogatoria.* In dieser Bezeichnung erscheint sie auch in der Rubrik des den Sitz der Materie darstellenden Digestentitels 11, 1: *de interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus.* Gegen die Klassizität des Wortes *actio interrogatoria* haben bereits G. Segrè[3] und E. Betti[4] schwerwiegende Bedenken erhoben; für sie ist hinwieder zuletzt A. Berger[5] eingetreten. Der Ausdruck findet sich im Titel D. 11, 1 dreimal. Die eine Stelle, D. 11, 1, 1, 1; Callistr. 2. *ed. monit.*, die mit dem Satze beginnt: *[Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur ante iudicium de suo iure aliquid respondere . . .],* ist zweifellos unklassisch und als solche längst erkannt. Aber auch in der zweiten Stelle, D. 11, 1, 22; Scäv. 4. *dig.* wird gerade der Halbsatz, in dem der in Rede stehende Ausdruck steht, kaum als echt angesehen werden dürfen: *Procuratore Caesaris ob debitum fiscale interrogante unus ex*

[1] Das nunmehr grundlegende Werk aus dem Gebiete des römischen Zivilprozesses, L. Wengers Institutionen, München 1925, konnte gelegentlich der Korrekturen berücksichtigt, auf die Benützung der von O. Sommer herausgegebenen postumen Arbeit von L. Heyrovský, Římský civilní proces, Bratislava 1925, mußte dagegen wegen Unkenntnis der tschechischen Sprache verzichtet werden.

[2] Berger, Pauly-Wissowa, RE. IX, 1720.

[3] La denominazione di „actio confessoria", Mélanges Girard, 2. 556, Anm. 1.

[4] Le „actiones ex responsione in iure" del processo civile romano, Atti della R. Accad. delle Scienze di Torino, 50 (1914/15), 390, Anm. 3.

[5] A. a. O. 1724 f.

filiis, qui nec bonorum possessionem acceperat nec heres erat, respondit se heredem esse: [an quasi interrogatoria creditoribus ceteris teneatur?] respondit ab his, qui in iure non interrogassent, ex responso suo conveniri non posse. Schon der saloppe Stil *an — teneatur* verrät Unechtheit; und mag auch das von Segrè und Betti angeführte Moment, daß das Wort *actio* fehle, an sich nicht entscheidend sein,[1] so sprechen doch außerdem gegen die Echtheit dieses Satzes die so typisch byzantinische Konstruktion einer *quasi-interrogatoria* und das Fehlen des Verbum regens.[2] Wenn man schließlich bedenkt, daß in Bas. 42, 4, 22 gerade der verdächtige Satz bei sonstiger Übereinstimmung mit der Digestenstelle fehlt,[3] so wird auch dieses Argument dazu beitragen — vollen Beweis für die Klassizität eines Fragmentes gibt ja der Basilikentext allein nicht ab[4] —, auf Grund der zusammentreffenden Indizien den Satz *an — teneatur* als besonders verdächtig erscheinen zu lassen. Der Satz ist als Glossem anzusehen; möglich, daß Scävola schrieb: *⟨quaero an ceteris creditoribus ex suo responso teneatur?⟩*[5] Zu diesen beiden Stellen kommt nun noch die Titelrubrik. Daß sie allein die Echtheit des Ausdrucks nicht stützen kann, ist nicht zu bezweifeln; die von Segrè aus dem Umstande erhobenen Bedenken gegen ihre Echtheit, daß das Edikt an diesem Orte nur den Fall der *interrogatio an heres sit* geregelt hätte, der Plural daher byzantinisch sei, sind freilich nicht von durchschlagender Beweiskraft,[6] allein derartige unechte Erweiterungen von Titelrubriken passen recht gut zu der Ergänzungssucht byzantinischer Gelehrter und ich verweise diesbezüglich auf den Titel D. 22, 3: *de probationibus [et praesumptionibus]*.[7] Mit der Unechtheit der beiden erwähnten Stellen wird auch die der Titelrubrik bewiesen sein. Wenn man nun aber trotz der schweren Bedenken, die gegen die Echt-

[1] Berger, a. a. O. 1725; vgl. auch die bei Levy, Konkurrenz der Aktionen, 1, 89, Anm. 1, angeführte Literatur.

[2] Vgl. etwa als ähnliche Konstruktion den verderbten Satz in D. 34, 5, 16, pr.; Marcian. 3. *reg.: [an ad heredem matris actio ex stipulatu competere]*, der als Einschiebsel stört.

[3] Hier heißt es: *Ὁ μὴ κληρονομήσας τοῦ πατρός, ἐὰν ὑπὸ τοῦ καθολικοῦ ἐρωτηθεὶς περὶ δημοσίου χρέους, εἴπῃ κληρονομεῖν, οὐκ ἐνέχεται ἀπὸ τῆς ἀποκρίσεως τοῖς μὴ ἐρωτήσασι δανεισταῖς.*

[4] Vgl. H. Peters, Die oströmischen Digestenkommentare, Sitz.-Ber. d. sächs. Ges. d. Wiss., phil.-hist. Kl., 65 (1913), 1, 36 ff. Denn dem Verfasser der Basilikensumme kann ein von der Florentina abweichender Digestentext vorgelegen sein.

[5] Im Schol. *Τελευτήσαντος* zu Bas. 42, 4, 22 (Heimb. 4, 296) heißt es: „... *ἐκ τῆς* ... *ὁμολογίας* ...“

[6] Segrè führt a. a. O. 556, Anm. 1, aus: „Anzitutto la rubrica risponde al concetto di raccogliere sotto questo titolo i vari casi di interrogationes e delle varie azioni interrogatoriae, mentre a questo punto l' editto ne considerava soltanto una specie (an heres sit), quindi la rubrica edittale non poteva essere così generica ed è anche dubbio, se vi corrisponda la prima parte dell' attuale ‚de interrogationibus in iure faciendis‘.“ Dagegen Berger, a. a. O. 1724.

[7] Vgl. dazu Gradenwitz, SZ. 7. 73; Interpolationen, 39.

heit derselben sprechen, wenigstens die Klassizität des Ausdruckes *actio interrogatoria* retten will, wie dies Berger für fr. 1, 1 versucht, so muß man sich doch gleich wieder vor Augen halten, daß der Terminus selbst Parallelen in den Ausdrücken *actio confessoria;*[1] *actio constitutoria*[2] findet, und daß auch diese dem klassischen Rechte fremd sind. Was Berger an Positivem für die Echtheit des Ausdruckes *actio interrogatoria* anführt, ist einmal, daß die Bezeichnung *ἰντερρογατόρια ἀγωγή* sich in dem Scholion des Stephanos: *Ἐάν τις ἐρωτηθείς* zu Bas. 60, 5, 26 (Heimb. 5, 361) findet. Von Belang scheint mir dies nicht zu sein. Stephanos hat seinen Kommentar nach Abfassung der Digesten, wahrscheinlich erst nach Ende der Regierung Justinians geschrieben,[3] mußte daher den Ausdruck zumindest aus den Digesten kennen und als Rechtslehrer mit der byzantinischen Terminologie vollkommen vertraut sein.[4] Das einleuchtendste und gewissermaßen bestechende Argument, das Berger gegen Segrè und Betti ins Treffen führt, ist nun, daß es widersinnig wäre, anzunehmen, „daß die Kompilatoren sich für diesen Satz (sc. D. 11, 1, 1, 1) die Bezeichnung *interrogatoria actio* zurechtgeschnitten hätten, um gleich die *interrogatoriae actiones* als *„hodie“* unbrauchbar zu bezeichnen“. Wir sind aber nicht gezwungen, gerade eine Interpolation der Digestenkommission anzunehmen; im Gegenteil, es wird sich um einen byzantinischen Schulterminus handeln, wie denn überhaupt Änderungen in der Systematik der Klassikertexte, die Erfindung neuer, für den Lehrbetrieb bequemer Termini aus dem Wissenschaftsbetriebe des 5. Jahrhunderts stammen dürften.[5] Welche Bezeichnung die durch den Hinweis auf eine stattgehabte *interrogatio*

---

[1] Vgl. Betti, a. a. O. 390, Anm. 3; Segrè, a. a. O. 511 ff., 522 ff.; Arangio-Ruiz, Bull. dell' Ist. 25. 154 ff.

[2] Vgl. Heumann-Seckel s. v. *recipere* 2 c, aa.

[3] Dazu Peters, 39 f.; Literatur Anm. 100.

[4] Dasselbe gilt auch für das von Berger nicht angeführte Scholion *Ὅτε τελευτήσαντος* zu Bas. 42, 4, 1 (Heimb. 4. 289 f.). Stephanos kommentiert hier einen der Florentina offenbar recht nahestehenden Text. Vgl. z. B. Schol.: *τότε δὲ χρεῖα τῆς ἐπερωτήσεως, ὅτε* . . . Flor.: *est autem interrogatoria tunc necessaria, cum;* dagegen Basilikensumme: *ἀναγκαῖον δὲ τοῦτό ἐστιν ἐπὶ τῶν προσωπικῶν ἀγωγῶν.* Auch im Folgenden lehnt sich Stephanos mehr an den Florentinatext an, als an die Summe des Anonymos. Vgl. D. 11, 1, 2; 3 und den Scholionsatz: *ἐπειδὴ δυςχερές . . .;* dagegen Bas. 42, 4, 2; 3. D. 11, 1, 4, pr., und *εἰκότως οὖν ὁ πραίτωρ . . .;* dagegen Bas. 42, 4, 4, pr. Daher ist es auch nicht zu verwundern, wenn das Scholion (nicht aber die Basilikensumme) D. 11, 1, 1, 1 wiedergibt und dabei den in Rede stehenden Ausdruck gebraucht: *τοῦτο δὲ τὸ ἔδικτον καί ἡ ἐξ αὐτοῦ ἰντερρογατορία πάλαι μὲν ἐσύχναζε· σήμερον δὲ οὐ κεχρήμεθα τῇ ἰντερρογατορίᾳ ἀγωγῇ κατὰ τὴν παλαιὰν αὐτῆς τάξιν. οὐδὲ εἷς γὰρ ἀναγκάζεται πρὸ δικαστηρίου ἀποκρίνασθαι περὶ τῶν ἰδίων δικαίων· ὅθεν εἰς ἀσυνήθειαν ἀπῆλθον ἰντερρογατορίαι ἀγωγαί . . .* Und ebenso hat Kyrillos (über diesen Peters, 11; 43 f.) den Ausdruck *ἰντερρογατορία ἀχωγή* den Digesten entnommen, wenn er in Schol. *Ὁ κληρονόμος* zu derselben Stelle (Heimb. 4, 290) ausführt: *ἰντερρογατορίαι ἀγωγαὶ νῦν οὐκ εἰσίν.* Vgl. auch die Scholien zu Bas. 8, 2, 39, pr.: *ἰντερρογατορίαις; Τὰς ἰντερρογατορίας.*

[5] Peters, a. a. O. 94 f.; 104.

in iure modifizierten Klageformeln im klassischen Rechte führten und ob sie überhaupt einen besonderen Namen hatten, muß dahingestellt bleiben. Die Quellen bieten uns keine Anhaltspunkte, und gegen den von Betti vermuteten Namen: *actiones ex responsione* hat Berger so schwerwiegende Bedenken erhoben, daß er nicht aufrechterhalten werden kann, zumal Betti das Versehen unterlief, statt des Digestentextes — Lenels Konjektur zu zitieren.[1]

Aus der unechten Benennung des aus der *interrogatio in iure* erfließenden Rechtsmittels in den Digesten ergeben sich für die Natur, die Konstruktion und die Funktion des Institutes selbst keine Verdachtsmomente. Alles könnte hier so wie im klassischen Rechte geblieben und nur der Name der Klage byzantinische Erfindung sein. Daß dem nun nicht so ist, ergibt sich aus der Art und Weise, in der der Digestentext die Haftung aus der gelegentlich einer *interrogatio in iure* erteilten Antwort konstruiert. Wir stoßen hier auf das byzantinische Lieblingsgebilde eines Quasikontrakts in D. 11, 1, 11, 9; Ulp. 22. *edict.*, wo es heißt:

Qui interrogatus responderit, sic tenetur quasi ex contractu obligatus pro quo pulsabitur, dum ab adversario interrogatur: sed et si a praetore fuerit interrogatus, nihil facit praetoris auctoritas, sed ipsius responsum sive mendacium.

Der Satz *pro quo — interrogatur* ist bereits von Lenel und Krüger als unecht angesehen; dieser Satz und das folgende *sed et — mendacium* von Beseler als verdächtig erklärt worden.[2] Noch weiter ist schon Berger gegangen, der unter Hinweis darauf, daß sich § 10 sehr schön an § 8 anschließe (Möglichkeit der *in integrum restitutio* des die *interrogatio* Beantwortenden), Unechtheit der ganzen Stelle vermutet.[3] Die Konstruktion der Haftung auf Grund Quasikontrakts bringt auch die Basilikensumme (Bas. 42, 4, 11, 9): *Ὁ ἐρωτηθεὶς καὶ ἀποκρινόμενος ἐνέχεται ὡς ἀπὸ τοῦ πρωτοτύπου συναλλάγματος.* Bedenkt man, daß die Entstehung des Begriffes des Quasikontraktes in das 5. Jahrhundert zu verlegen ist, er dem Wissenschaftsbetrieb

[1] Edict.[2], 141, Z. 3; Betti, 390, Anm. 3. Auch die bezüglichen Digestenstellen D. 11, 1, 4, pr.; Ulp. 22. *edict.: voluit praetor adstringere eum qui convenitur ex sua in [iudicio] ⟨iure U⟩ responsione . . .;* 11, 1, 12, 1; Paul. 17. *edict.: qui ex sua responsione convenitur . . .;* 11, 1, 22: *ex responso suo conveniri non posse*, schlagen nicht durch. Die Frage muß offenbleiben. Dasselbe gilt hinsichtlich der uns nicht überlieferten, auf Grund der *responsio* nach einer *interrogatio* modifizierten Formeln, mit deren Rekonstruktion sich zuletzt Betti abmüht.

[2] Vgl. Beseler, Beiträge, 3, 71. Verdächtiges *dum; pulsare:* Heumann-Seckel, 478; Wlassak, Judikationsbefehl, Sitz.-Ber. Akad. Wien, phil.-hist. Kl., 197/4. 105, Anm. 55. Dazu Berger, a. a. O. 1724. *Sed et si — mendacium:* „öder Scholastizismus" (Beseler). Diesen Satz bietet in nahezu wörtlicher Übersetzung das Stephanos-Schol. *εἰ δὲ καί* (Heimb. 4, 292).

[3] Anders Riccobono, Dal diritto Romano Classico al diritto moderno, 297, der den klassischen Wortlaut des Fragments in der Weise rekonstruieren will, daß er statt des Wortes *contractu: ⟨stipulatu⟩* setzt, *pro — pulsabitur* streicht, statt *sed et: ⟨quod⟩* und statt des Schlußsatzes: *sed ipsius — mendacium* die Worte: *⟨sed perinde habetur ac si sine interrogatione respondisset⟩* vermutet.

dieser Zeit ebenso wie der des Quasideliktes, des allgemeinen Oberbegriffes der Servitut entstammt,[1] dann kommen wir dazu, die Veränderung des Klassikertextes und die Erfindung der *actio interrogatoria* ungefähr in die gleiche Zeit zu verlegen.[2]

Eine Notwendigkeit, zu einer solchen Konstruktion zu greifen, ist nicht gegeben; im Falle wahrheitsgemäßer Beantwortung der *in iure* gestellten Frage, etwa der *interrogatio an heres sit* (als Hauptfall der *interrogationes in iure),* erklärt einfach der Beklagte, für die Nachlaßschulden aufzukommen, da er als Erbe die Erbschaft erworben habe. Und gerade für diesen Fall hat man sich noch eine zweite Konstruktion zurechtgelegt, wie uns D. 11, 1, 12, pr.; Paul. 17. *edict.* lehrt: in dem *respondere* des mit der *interrogatio an heres sit* Befragten sei eine *pro herede gestio* zu erblicken. Die Stelle lautet:

Si filius, qui abstinuit se paterna hereditate, in iure interrogatus responderit se heredem esse, tenebitur: nam ita respondendo pro herede gessisse videtur. sin autem filius qui se abstinuit, interrogatus tacuerit, succurrendum est ei: quia hunc qui abstinuit praetor non habet heredis loco.

Der Anfang der Stelle bis *tenebitur* ist ganz in Ordnung. Für die bejahende Antwort des *filius interrogatus* ist ohne Bedeutung, ob er von seinem *ius abstinendi* Gebrauch gemacht hatte; er übernimmt durch sie die ganze oder teilweise Haftung gegenüber dem die Frage stellenden Erbschaftsgläubiger.[3] Mit der Frage der Rechtswirkung, die Stillschweigen nach sich zieht, beschäftigt sich der zweite Satz. Verdächtig schon durch die antithetische Anknüpfung *sin autem,*[4] wird hier eine Sonderregelung des Schweigens gegeben, die sich in Gegensatz zu den sonst hiefür geltenden allgemeinen Bestimmungen stellt. Von der *in integrum restitutio* handeln auch D. 11, 1, 11, 8; 10. Hier wird stets auf *iustus error* abgestellt; ihre Zulassung im Falle von *culpa, nisi dolo proxima,* gemäß § 11 kann nicht als klassisch angesehen werden. Auf unseren Fall angewendet, ist nicht zu ersehen, warum dem

---

[1] Peters, a. a. O. 94f.; vgl. auch P. de Francisci, *Συνάλλαγμα,* II, 320f.; Perozzi, Obbl. Rom., 144 ff. Dafür, daß der byzantinischen Kategorie des Quasikontraktes doch ein klassischer Kern zugrunde liege, Riccobono, a. a. O. 263 f.; Bonfante, Scritti giuridici, 3, 122, Anm. 1.

[2] Zur Stelle vgl. Glück, Komm. 11. 275 ff., und die dort Genannten; Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Teile der Theorie des Zivilprozesses (1827), 279; CP. 2. 552; Savigny, System, 7. 27; Demelius, Die confessio im römischen Zivilprozeß (1880), 260 ff., der sich für die Echtheit des ganzen Paragraphen einsetzt (a. M. Karlowa, RRG. 2. 1177), indem er sich darauf beruft, daß *pulsare* auch sonst bei Ulpian (D. 5, 1, 2, 3) vorkomme. Allein auch hier ist dieses Wort unecht; vgl. Jörs, Pauly-Wissowa, RE. 9, 526; *Βασῆς,* Adnot. 164; Krüger, Dig.[13]. Aber auch Betti nimmt an dem Quasikontrakt keinen Anstoß und hält die Konstruktion, allerdings, ohne sie auch nur anzuzweifeln, für echt.

[3] Daß das Recht der Erbenbefragung ausschließlich den Erbschaftsgläubigern zustand, hat Demelius, a. a. O. 294 ff., überzeugend nachgewiesen; vgl. auch Berger, a. a. O. 1721.

[4] Vgl. Eisele, SZ. 7. 19 ff.; Heumann-Seckel, 540.

schweigenden *filius qui abstinuit* diese Wohltat zukommen soll. Denn die Rechtsfolgen des Schweigens werden wohl deshalb so schwer gehalten, weil es eben als Verletzung des Antwortzwanges anzusehen ist. Zugleich sehen wir aber aus D. 11, 1, 11, 8, daß die Byzantiner zu einer Rechtshilfe gegen die Folgen einer Antwort auf die *interrogatio in iure* eher bereit waren als der Klassiker. Denn während Ulpian nur von dem Falle spricht, daß die Haftungserklärung des gesetzlichen Erben durch Testamentsauffindung, die Erklärung des Testamentserben durch nachträgliche Feststellung der Unwirksamkeit des Testamentes durch folgende *in integrum restitutio* hinfällig werden kann, wird dieser Gedanke in dem unechten Satze: *[ex causa succurri ei qui interrogatus respondit, non dubitamus]* durch Verallgemeinerung erweitert (vgl. unten S. 83). Derselbe Grund mag zur Anfügung des Satzes *sin autem et rell.* geführt haben. Auch die Begründung: *quia hunc — loco* ist schief; es ist kein Grund vorhanden, weshalb der Prätor den nicht offen antwortenden *abstinens* weiter schützen sollte. Schließlich kann auch derjenige, der nicht *heredis loco* ist, durch positive Erklärung die Haftung aus der *responsio* übernehmen. Außerdem werden aber auch die Worte *nam ita respondendo pro herede gessisse videtur* begründendes Glossem sein, dessen Konstruktion abwegig ist. Wir haben nochmals zu fr. 22 zurückzukehren; hier belehrt uns Scävola, daß die positive Beantwortung einer *interrogatio an heres sit* nur zugunsten des befragenden Gläubigers wirke. Das responsum: *ab his, qui in iure non interrogassent, ex responso suo conveniri non posse* klingt durchaus echt; es ist kurz und bündig und deckt sich vollkommen mit der gestellten Frage. Läßt sich aber gegen die Echtheit des fr. 22 kein Einwand erheben, so muß die Konstruktion der bejahenden Antwort als *pro herede gestio* fallengelassen werden, denn diese müßte zugunsten aller Gläubiger wirken, also auch zugunsten derer, die den *filius interrogatus* nicht befragt hatten. Denn dann müßte wie der Erbschaftsantritt auch der ihn begründenden Äußerung Allen gegenüber Bedeutung zukommen. Daß unter Umständen, aber gerade nicht in dem von fr. 12. pr., gebotenen Sonderfalle, in der bejahenden Antwort eine *pro herede gestio* liegen, sie als ein *immiscere* des Haussohnes, das ihm des *beneficium abstinendi* verlustig macht, angesehen werden kann, soll freilich nicht geleugnet werden.[1] Es ist gewiß, daß der *filius qui abstinuit* bei bejahender Antwort, und zwar nach deren Inhalte, haftet, aber nicht als Erbe auf Grund der *pro herede gestio,* sondern auf Grund eben dieser Antwort, denn *voluit praetor adstringere eum qui convenitur ex sua in ⟨iure U⟩ [iudicio] responsione.*[2] Dies zeigt deutlich die bloß relative Wirkung, die dem *responsum*

---

[1] Denn schon Julian (D. 29, 2, 20, pr.; Ulp. 61. *edict.*) äußert sich dahin: *eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit;* zu dem folgenden Satze: *pro herede autem gerere non esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres;* vgl. Vassalli, Miscellanea critica, 2. 33, Anm. 1.

[2] D. 11, 1, 4, pr; Ulp. 22. *edict.*

beigelegt wird. Aber auch wenn man vom fr. 22 absieht, ist die Konstruktion unhaltbar. Denn wenn der Befragte sich als *heres ex parte* bekennt, dann wird er so behandelt: *atque si ex ea parte heres esset* (Ulp. 22. *edict.;* D. 11, 1, 11, 1), gleichgiltig, ob und zu welchem Teile er Erbe ist oder ob er es nicht ist. Die *pro herede gestio* hat aber nach Maßgabe der Berufung zu erfolgen: D. 29, 2, 1; Paul. 3. *Sab.: qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest;* fr. 10; Ulp. 7. *Sab.: si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse;* fr. 80 pr.; Paul. 5. *l. Iul. et Pap.; si solus heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum nec interest, in quibusdam habeam substitutum nec ne.* Ferner verschlägt es zwar nicht, wenn sich der Erbe bei Erbschaftsantritt über die Höhe seines Erbteiles nicht im klaren befindet: D. 29, 2, 21, 3; Ulp. 7. *Sab.: si quis partem, ex qua institutus est ignoravit, Julianus scribit nihil ei nocere, quominus pro herede gereret. quod et Cassius probat.* Allein, wenn der zur Hälfte eingesetzte Erbe irrigerweise die Erbschaft auf ein Viertel antritt, in unserem Falle *in iure* erklärt, *heres ex quadrante* zu sein, dann äußert eine solche Handlung nach Marcell. 9. *dig.* keine Rechtswirkungen: D. 29, 2, 75: *ex semisse Titius heres scriptus est: quadrantis bonorum possessionem per errorem petit. quaero, an nihil actum sit an vero perinde omnia servanda sint, ac si quadrans nominatus non sit. respondit magis nihil actum esse, quemadmodum cum ex semisse scriptus heres ex quadrante per errorem adiit hereditatem.* Und trotzdem wird er nach seiner Antwort dem Fragenden gegenüber haften. Nur gegen die Straffolgen einer wissentlich unwahren Antwort — Haftung *in solidum;* D. 11, 1, 11, 3 — kann ihm Hilfe zuteil werden (D. h. t. 11, 10). Schließlich erhebt sich noch die Frage, inwiefern einer solchen sich als *pro herede gestio* angeblich darstellenden Antwort die Rechtswirkung eines Widerrufes der ausgeübten *potestas abstinendi* zukommt.[1] D. 29, 2, 38; Ulp. 43. *edict.* und fr. 99; Pompon. *1. SCC.* behandeln gleichartige Fälle. Von zwei Noterben enthält sich der eine der Erbschaft, der andere mengt sich nach des ersten Abstinenz in die Erbschaft ein; Ulpian erklärt nun, *dicendum est hunc non posse recusare, quo minus tota onera hereditaria subeat.* Dafür bekommt er aber auch die *actiones hereditarias utiles*, während sie jenem versagt werden.[2] So bewirkt denn das *abstinere* sogleich eine ihm entsprechende Art der Verteilung des Nachlasses. Und dies sagt auch Ulpian 49. *edict.* (D. 38, 9, 1, 6): *qui semel noluit bonorum possessionem petere, perdidit ius eius, etsi tempora largiantur: [ubi enim noluit, iam coepit ad alios pertinere bonorum possessio aut fiscum invitare. (?)]* Und so reskribiert auch Caracalla dem großjährigen Sohne, der die Erbschaft der

---

[1] So Glück, Komm. 11. 271 ff. Darauf spielt auch an das Schol. des Anonymos Ἐφεῖται zu Bas. 42, 4, 12, pr. (Heimb. 4, 293).

[2] Pompon.: ... *pollicitum ei (filiae), quae ad hereditatem patris accesserat denegaturumque ei quae se abstinuerat.* Der Satz *sanctum* — *abstinuerat* ist gewiß nicht ganz in Ordnung, sachlich aber nicht verdächtig.

Mutter ausgeschlagen und nun um Restitution gebeten hatte (C. 1, 18, 2): *cum ignorantia iuris excusari facile non possis, si maior annis hereditati matris tuae renuntiasti, sera prece subveniri tibi desideras.* Dagegen sprechen nun allerdings D. 28, 8, 8 und 38, 17, 6, 1. In der ersten Stelle soll Ulpian 61. *edict.* erklärt haben: *si quis suus heres, posteaquam se abstinuerit, tunc petat tempus at deliberandum, videamus, an impetrare debeat: magisque est, [ut ex causa debeat impetrare, cum nondum bona venierint].* Verdächtig ist der Schluß, der sich mit den genannten Stellen in Widerspruch setzt, auch sprachlich durch das absolute *ex causa*[1] sowie die Wortarmut, wobei das *impetrare debeat* des Vordersatzes wiederholt wird. In der zweiten Stelle (Paul. *l. sing. SC. Orphit.)* will der Sohn die mütterliche Erbschaft nicht antreten; dann heißt es: *an potest mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel agnatus adierit, videndum propter haec verba „si nemo filiorum volet hereditatem suscipere", [qui extensiva sunt. et cum verba extensiva sint, paenitentia eius usque ad annum admittenda est, cum et ipsa filii bonorum possessio annalis est].* Es wird also auf die einjährige Petitionsfrist der Kinder im Hinblick auf die *bonorum possessio* angespielt (D. 38, 9, 1, 12). Nun sehen bereits Beseler, 3. 63, das Schlußsätzchen *cum — annalis est* wegen des *cum* causale c. ind. als unecht, Krüger, der daran zweifelt,[2] die Worte *quia extensiva sunt* als Glosse an. Aber auch der Zwischensatz *et cum — est* des Fragmentes, das schon durch die verstümmelten Satzkonstruktionen verdächtig ist, wird kaum zu halten sein. Abgesehen davon, daß mit der *paenitentia* operiert wird, wiederholt er das Argument der *verba extensiva* und die Begründung mit der einjährigen Frist teilt er mit dem verdächtigen Schlußsatze. Endlich kommt noch eine Konstitution des Kaisers Justinian (a. 532) in Betracht: C. 6, 31, 6, 1, die sich gerade mit unserem Falle: *si quis suus recusaverit paternam hereditatem, deinde maluerit eam adire* befaßt. Justinian stellt nun Fristen auf, innerhalb welcher ihm der Antritt auch in diesem Falle möglich sein sollte. Von Bedeutung ist die Stelle insofern, als der Kaiser auf den früheren Rechtszustand anspielt *(quod et antiquitas observabat),* der dem *suus* gestattete, *donec res paternae in eodem statu manent,* auch *post multum tempus . . . ad eandem hereditatem redire.* Die Quellen zeigten uns dieses Bild nun keineswegs; aber wir sehen sogleich den Grund dieser Ausführungen: Justinian soll wieder einmal der Triumph des Rechtsverbesserers bleiben *(. . . hoc corrigentes sancimus).* Das Ergebnis der Betrachtungen ist aber nun, daß selbst bei Beachtung der als verdächtig erklärten Stellen ein Erbschaftsantritt nach dem *abstinere* des *suus* an bestimmte Voraussetzungen: einjährige Frist, unveränderte Rechtslage, gebunden ist, eine *pro herede gestio* also nicht schlechthin durch bejahende Beantwortung der *interrogatio an heres sit* erfolgen kann. Die Konstruktion der *responsio* als *pro herede gestio* nach D. 11, 1, 12, pr., ist

[1] Vgl. Beseler, 3, 73 ff.

[2] Dig.[13], 978.

bisher nicht als unecht angesprochen worden.[1] Demelius, 260, 291, erklärt die Konstruktion des *respondere* als Übernahme erbenmäßiger Haftung mit der *pro herede gestio* „bestens vereinbar“, stützt sich aber dabei auf die als unecht erklärte Konstruktion des Quasikontrakts nach D. 11, 1, 11, 6. Berger, a. a. O. 1721, sieht in der *pro herede gestio* die *defensio defuncti* „den Nachlaßgläubigern gegenüber“ verwirklicht. Wir haben aber die bloß relative Wirkung der Antwort schon aus D. 11, 1, 22 kennen gelernt, was ja mit dem *defendere* dem einzelnen Gläubiger gegenüber nicht unvereinbar ist. Daß man es aber hier nicht mit einem Sonderfalle zu tun hat, ergibt sich schon aus der allgemeinen Fassung des *responsum* Scävolas, das absolut nicht den Anschein erweckt, als handelte es sich dabei um *ius singulare.*

Die Konstruktion des Quasikontrakts kann aber auch nicht als klassisch in Betracht kommen im Falle einer Beantwortung einer *in iure* gestellten Frage, die nicht der Wahrheit entspricht. Hier können wir sogar die klassische Auffassung durch Rekonstruktion einer Digestenstelle darlegen, die nun freilich, nachdem sich die byzantinische Konstruktion durchgesetzt hatte, verwischt wurde. Es handelt sich um D. 16, 1, 23; Paul. *l. sing. SC. Velleian.:*

Si mulier in iure interrogata responderit se heredem, si sciens se heredem non esse responderit, [minime intercessisse videri,] quia decepit: quod si existimavit se heredem et eo nomine decepta responderit, in eam actionem quidem dari plerique existimaverunt, sed exceptione senatus consulti adiuvari.[2]

Das Fragment ist nicht ganz in Ordnung. Der Gedankengang des Paulus ist aber klar. Wenn eine Frau die *interrogatio an heres sit* wissentlich unwahr beantwortet, so habe sie getäuscht (und daher keinen Anspruch auf den Schutz aus dem Senatuskonsult, *nam deceptis, non decipientibus opitulatur:* Ulp. 29. *edict.;* fr. 2, 3 D. h. t.). Wenn sie aber irrigerweise sich als Erbin erklärte, dann sei „zwar“ gegen sie nach herrschender Lehre eine (durch die *interrogatio* modifizierte) *actio* gegeben, ihr aber die Einrede gewahrt. In beiden Fällen liegt Interzession vor, allein im ersten Falle wird die interzedierende Frau durch das SC. Velleianum nicht geschützt, im zweiten aber wohl. Zugleich muß *ex iusta causa* eine *in integrum restitutio* möglich sein. Dieser Gedankengang des Paulus, der klar erfaßbar ist, wird in unserem Fragmente durch die Worte *minime intercessisse videri* gestört. So kann Paulus nicht gesagt haben, denn, wie betont, muß auch im ersten Falle auf Interzession erkannt werden. Sprachlich ist der in der Luft hängende Infinitiv anstößig, desgleichen *minime* verdächtig.[3] Auch die Antithese *actionem quidem dari, sed*

[1] Vgl. auch die Kontroverse Glück, Komm. 11, 271 ff., gegen Cuiaz, Observ. 1, 22, cap. 27, unter Anlehnung an Faber, Rational., und Sintenis, CIC. 1, 873, Anm. 6. Faßt man die Haftung als *„poena mendacii“,* käme man mit der *pro herede gestio* noch weniger zurecht.

[2] Dazu Demelius, 260, Anm. 3; 273; 348.

[3] Dazu Eisele, SZ. 7. 25 f.; Gradenwitz, Interp. 130; Heumann-Seckel, 343.

exceptione adiuvari hat durch die Interpolation ihr erstes Glied und damit an Schärfe verloren. Paulus schrieb vielleicht: *⟨non est locus senatus consulto, quia decepit.⟩*[1] Und diese Auffassung bestätigen ganz die Basiliken:

Bas. 26, 7, 54: *Ἐὰν ἐν δικαστηρίῳ γυνὴ ἐπερωτηθεῖσα εἴπῃ κληρονομεῖν, εἰ μὲν ἐν εἰδήσει τοῦ μὴ εἶναι κληρονόμος ἀπεκρίνατο κληρονομεῖν, δόλον ἐποίησεν καὶ οὐ βοηθεῖται· εἰ δὲ ἠγνόησε, βοηθεῖται διὰ τοῦ δόγματος.*

Hier operiert also Paulus mit einer *intercessio (privativa)*[2] und Ulpian sollte unseren Fall in D. 11, 1, 11, 9 als Quasikontrakt konstruiert haben? Und dabei wird gar nichts von einer Meinungsverschiedenheit erwähnt. Übrigens fehlt es auch an dessen mit Paulus übereinstimmenden Äußerung in demselben Titel (D. 16, 1) nicht. In fr. 26; Ulp. 37. *edict.* handelt es sich um den Fall der *interrogatio an in potestate habeat eum, cuius nomine noxali iudicio agitur,* eine Frage, die die Frau der Wahrheit widersprechend bejaht, nur wird hier mit dem *animus intercedendi* operiert und ihr die *exceptio* gewährt. Von einer andern Konstruktion, etwa der des Quasikontraktes, ist nicht die Rede. Die Stelle lautet unter Weglassung des mit *plane si* angefügten unechten Schlußsatzes:

Si mulier intercedendi animo servum alienum suum esse responderit, quasi intercesserit auxilio senatus consulti uteretur.

All dies dürfte wohl genügen, um die Konstruktion der Beantwortung einer *interrogatio in iure* als Quasikontrakt aus dem klassischen Rechte zu verbannen.

Trotzdem also *„interrogatoriae actiones“* dem justinianischen Rechte *(hodie)* nicht mehr eigen waren, sahen wir doch, daß byzantinische Rechtslehre und wohl auch die Digestenkommission selbst (D. 16, 1, 23), die die Lehre vom Quasikontrakt offenbar einheitlich durchführen wollte, die klassische Konstruktion der Haftung aus der *responsio* verwischt haben. Sehen wir nun, was uns die Digesten über die Funktion dieses Institutes zu berichten wissen. Hier kommt in Betracht einmal je eine Stelle aus des Ulpian und des Paulus Ediktskommentar:

D. 11, 1, 2, 3: (Ulp. 22. *edict.*) *Edictum de interrogationibus ideo praetor proposuit, quia sciebat difficile esse ei, qui heredem bonorumve possessorem convenit, probare aliquem esse heredem bonorumve possessorem,* (Paul. 17. *edict.*): *quia plerumque difficilis est probatio aditae hereditatis.*

Demnach erscheinen die *interrogationes in iure* als ein zur Erleichterung der Beweislast des Klägers geschaffenes Institut und auf dieser Grundlage zugleich mit D. 11, 1, 21; Ulp. 22. *edict.:*

[Ubicumque iudicem aequitas moverit, aeque oportere fieri interrogationem dubium non est],

und D. 11, 1, 1, 1:

[Sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, quae ab adversaria parte expressa fuerint apud iudices . . .],

---

[1] Vgl. D. 16, 1, 11; Paul. 30. *edict.*

[2] D. 11, 1, 18; 20, pr.; die anders entscheidende Stelle in fr. 20, pr., ist unecht; vgl. u. 75 f.

ist von den Älteren die Lehre von den *interrogationes in iure* aufgebaut worden. So lehrt Glück, Komm. 11, 247, die Interrogationen hätten dem Kläger dazu gedient, „sich den oft schweren Beweis in solchen Fällen zu erleichtern, wo die Klage eine gewisse Eigenschaft bei dem Beklagten voraussetzt, ohne welche sonst eine Klage von der Art, wie der Kläger anstellen wollte, gar nicht oder noch zurzeit nicht statthaben würde.“ Und ähnlich äußern sich Bethmann-Hollweg[1], Brackenhoeft[2], Savigny[3], Rudorff[4] und Keller-Wach.[5] Dagegen fällt nun sofort auf, daß das Edikt unter der Rubrik: *De interrogationibus in iure faciendis* nur von der *interrogatio an (vel quota ex parte) heres sit* handelte[6] und daß auch sonst das Institut der *interrogationes in iure* nicht als allgemeines erscheint — obwohl eine derartige, für den von der Beweislast getroffenen Kläger unangenehme Lage, wie die von den genannten Autoren geschilderte, ja wohl in den meisten Prozessen denkbar ist —, sondern vielmehr ein quellenmäßig auf einzelne Rechtsfälle beschränktes, wenn dieser Umstand auch durch allgemein gehaltene Sätze, wie D. 11, 1, 1, 1; 21, gewissermaßen verschleiert wird. Beide Stellen sind aber nicht angetan, für das klassische Recht maßgebend zu sein. Aus

[1] Versuche, 277: Weil der Kläger auf Grund seiner Klage oder als Passivlegitimation habe beweisen müssen, „daß der Beklagte Erbe seines ursprünglichen Schuldners geworden sei, ein Beweis, der ihm häufig schwer fallen mußte“, sei ihm die *interrogatio an (qua ex parte) heres sit* gegeben worden. Röm. CP. 2. 550 f.: „Es sind dies Tatsachen, die er (sc. der Beklagte) allemal wissen muß, so daß sowohl die Verweigerung einer Erklärung als die Ableugnung Calumnia sein würde, während ihr Beweis für den Kläger schwierig ist.“ Über die Auffassung von fr. 21 vgl. Versuche, 278 bei Anm. 49; CP. 2. 551 bei Anm. 57; 3. 256 bei Anm. 20.

[2] Arch. ziv. Prax., 1837 (20.), 284 ff.: „Die *confessio* auf eine *interrogatio in iure* betrifft präjudizielle Punkte, welche nach heutigem Sprachgebrauche zur *legitimatio ad causam passiva* gehören. Die Quellen nennen folgende *interrogationes,* als . . . Die Zulässigkeit der *interrogationes* ist aber nicht auf die speziell genannten Fälle beschränkt; sie können vielmehr stattfinden *ubicumque iudicem aequitas moverit.*“ Vgl. auch 257: „Das römische Recht gestattete selbst in gewissen Fällen die *interrogatio in iure,* um durch eine dadurch herbeigeführte *confessio* die Schwierigkeiten einer *probatio* zu vermeiden.“ Unter Berufung auf fr. 2; 3 D. h. t., die als Zweck des Instituts die Beweiserleichterung betonen.

[3] System des heutigen röm. R. 7, 23: „Alle diese Fragen konnten bequem und zweckmäßig gefunden werden, um dem Kläger die Mühe und die Kosten eines unnützen Rechtsstreites oder die unrichtige Führung eines solchen zu ersparen.“

[4] Röm. RG. 2, 275: „Die Passivlegitimation kann durch ein den Beklagten allein betreffendes und ihm bekanntes Rechtsverhältnis bedingt sein, welches der Kläger nur mit großer Schwierigkeit beweisen könnte. Mit diesem Beweise wird der Kläger billig verschont und viemehr der Beklagte genötigt, auf eine *interrogatio in iure* des Klägers oder Magistrats darüber auf eine für ihn rechtsverbindliche Weise Auskunft zu geben.“

[5] Röm. Zivilprozeß und Actionen[6], § 51, 261: „Über diese und ähnliche Verhältnisse, wie sie der Prätor im allgemeinen oder im einzelnen Falle nach billigem Ermessen anerkennt (die bekannten Fälle betreffen alle das, was wir die Passivlegitimation nennen), soll der Kläger den Befragten *in iure* befragen und von ihm eine bestimmte Antwort verlangen dürfen.“

[6] Lenel, Edict.[2], 140 ff.

fr. 1, 1 sprechen ja die Kompilatoren selbst und wenn es am Schlusse der Stelle heißt: *[vel in hereditatibus vel in aliis rebus, quae in causis vertuntur],*[1] so verrät sich dies schon dadurch als unecht, da Callistratus im 2. Buche *edict. monit.* gleichfalls lediglich von der *interrogatio an heres sit* handelt (vgl. fr. 1 pr.) und jetzt plötzlich am Ende der Stelle die Verallgemeinerung mit *vel — vel* an den ursprünglichen Fall *(hereditas)* angeschlossen wird. Und ebenso sicher ist fr. 21 unecht und im Widerspruche mit den Grundsätzen des klassischen Prozesses.[2] Verdächtig ist die übertriebene Berufung auf die *aequitas,*[3] die unmögliche allgemeine Fassung mit *ubicumque* sowie die so apodiktische Erklärung *dubium non est,* obwohl sonst von einem so allgemeinen Anwendungsgebiet der *interrogatio in iure* nicht gesprochen wird, schließlich die verfehlte Hervorhebung des *iudex,* der doch mit dem Verfahren *in iure* nichts zu tun hat und an dessen Stelle Ulpian den Prätor hätte nennen müssen. Beachtet man, daß auch diese Stelle aus dem 22. Buche des Ulpianischen Ediktskommentars stammt, aus dem die beiden großen Fragmente 9 und 11 D. h. t. genommen sind, die sich mit der *interrogatio an heres sit* beschäftigen, so wird man nicht umhin können anzunehmen, daß auch hier die generalisierende Tendenz der Kompilatoren,[4] die die Stelle offenbar aus ihrem Zusammenhang gerissen haben,[5] diese Fassung schuf. Wir werden daher damit rechnen müssen, daß die *interrogationes in iure* des klassischen

---

[1] Dieses Verallgemeinerungsbestreben zeigt auch deutlich Schol. *῞Οτε τελευτήσαντος* (Steph. zu Bas. 42, 4, 1): es sei weder eine *actio certi* erforderlich, noch die *interrogatio* auf den Fall der *κληρονομία* beschränkt (*εἴτε περὶ κληρονομίας, εἴτε περὶ ἄλλων τινων ἡ δίκη γυμνάζεται*). Die Notwendigkeit der *interrogationes* ergebe sich allein aus dem Gesichtspunkte der Beweiserleichterung.

[2] Vgl. Costa, Profilo storico civile romano, 169, Anm. 2; Wenger, Inst. ZP. 193; 288; Festschrift, o. 20.

[3] *Aequitas — aeque* (wenn auch in anderem Sinne) als Zeichen der Wortarmut. Zum Begriff der byzantinischen *aequitas* Pringsheim, SZ. 1921, 645 ff.; unsere Stelle reiht sich schon mit Rücksicht auf die übrigen Verdachtsmerkmale den von Pringsheim, 645, Anm. 8, angeführten unechten Stellen an. In den Basiliken erscheint denn auch folgerichtig in 42, 4, 21: *εἶναι δίκαιον;* dazu Pringsheim, 647.

[4] Und dies paßt sehr gut zu dem an griechischer Philosophie geschulten byzantinischen Geiste; während das *ius* (positives Recht; Pringsheim, 647) die *interrogatio* nur in einzelnen Fällen zuläßt, führt die das Recht überragende Billigkeit dazu, *interrogationes in iure ubicumque aequitas moverit* zuzulassen.

[5] Demelius, 299 ff., der gleichfalls gegen die allgemeine Fassung des fr. 21 Stellung nahm, suchte seine einschränkende Auslegung der Stelle, deren Echtheit er nicht angriff, dadurch zu erreichen, daß er sie an fr. 11, pr., das die Erörterung über den Umfang des Antwortzwanges beendet (fr. 9, 6 — 11, pr.; Ulp.), anschließt. Während Ulpian nur habe sagen wollen, daß der Erbe des Schuldners den Nachlaßgläubigern über die Modalitäten der Beerbung Auskunft zu geben habe, „insoweit immer es dem Magistrat billig erscheinen wird“, habe die Stellung des Fragmentes an das Ende des Digestentitels diesen Ausspruch zu einer *clausula generalis* gemacht. Was den unmittelbaren Zusammenhang des fr. 21 mit fr. 9, 11 betrifft, wird Demelius wohl zuzustimmen sein (ebenso Lenel, Berger); sein Auslegungsversuch kann aber die schwer belastete Stelle nicht retten.

Rechtes auf die bestimmten, in den Quellen bezeugten Fälle beschränkt waren. Neben der in erster Linie in Betracht kommenden *interrogatio an (qua ex parte) heres sit* handelt es sich dabei um den Fall einer Noxalklage wegen Deliktes eines Sklaven oder eines Hauskindes,[1] um die *interrogatio an quadrupes, quae pauperiem fecit, eius sit*[2] und die *interrogatio an aedes eius vel locus sit,* wenn eine *cautio damni infecti* verlangt wird.[3] Der Grund der Beschränkung des Anwendungsgebietes der *interrogationes in iure* auf einzelne Fälle mußte in einer ihnen zugrunde liegenden gemeinsamen Idee zu finden sein. Bereits Demelius hat dies erkannt und mit Erfolg seine Untersuchung dahin abgestellt. Es ist ihm gelungen, nachzuweisen, daß es sich bei den *interrogationes in iure* nicht allein um eine prozeßpolitische Maßnahme handle, sondern sie vielmehr der besonderen materiellrechtlichen Natur des dem Prozesse zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ihre Entstehung verdanken. Und zwar ist dies in allen Fällen die den Beklagten treffende Sachhaftung, die es ihm erlaubt, die Sache dem Kläger gegenüber zu verteidigen und mit seinem Vermögen einzustehen oder aber sie dem Gegner zu überlassen (Abandon), bzw. der Umstand, daß der Nachlaßgläubiger, der zur Befriedigung seiner Forderung auf den Nachlaß greifen will, vorher wissen muß, ob zu dessen Verteidigung nicht ein oder mehrere Erben eintreten *(defendere rem; defunctum).*[4] Wenn demgegenüber fr. 1, 1 die Funktion der Beweiserleichterung durch die *interrogatio in iure* in nachdrücklicher Weise betont *(sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt),* so kommt eben in dieser völlig interpolierten Stelle der Gedankengang der Kompilatoren zum Ausdruck und dasselbe verdächtige *probatio, probare* finden wir wieder in den fr. 2 und 3, von denen das erstere auch sonst Spuren von Überarbeitung zeigt[5] und mit großer Wahrschein-

[1] D. 11, 1, 8; 13, pr. *(qui falsae et rell.* Gl.?); 13, 1 *(eum qui — actione:* Gl.: Lenel, Paling. 1. 1149, Anm. 3; absolutes *teneri*); 14, pr., *quo casu et rell.* Gl. Bremer, Jurispr. 2/2, 449; Krüger); 14, 1 (*in totum* (!); generalisierende Glosse); 15 (§ 1 unecht? Personenwechsel); 16, pr., (*quamvis — attamen:* unecht: Beseler, 2, 36); 16, 1 (*attamen?* Beseler, 3, 35 ff.); 17 *(is vero et rell.*: einschränkende Gl. *fuerit — haberet — negavit);* 20, pr., (stark überarbeitet; unecht: *vel si quis — heres est; nec debet — respondit; nisi quasi — defendere vellet:* Pernice, Labeo, 2/1. 248, Anm. 6; Segrè, a. a. O. 557, Anm. 1).

[2] D. 11, 1, 7.

[3] D. 11, 1, 10; 20, 2 *(et ideo eo pertinet scire an possideat:* begründendes Glossem). Zu D. 11, 1, 20, 1 vgl. insbes. Demelius, 322 ff. Richtigerweise scheidet bereits Demelius, 338 ff. eine *interrogatio an peculium apud eum sit* aus. In D. 11, 1, 9, 8; Ulp. 22. *edict.* sind die Worte *quia hoc — agitur est* sicherlich ein abwegiges begründendes Glossem. Schon Demelius hat auf das sprachlich anstößige *quaeritur* (für *interrogare)* verwiesen; dazu kommt die Konstruktion von *an* mit indic. (so auch Berger, a. a. O. 1726). Vgl. auch Lenel, Edict.[2], 141, Anm. 2. Dann ergibt sich aber aus der Stelle gerade die Ablehnung einer *interrogatio in iure.* Ebenso ist auszuschließen eine *interrogatio in iure cur possideat,* die in D. 5, 3, 11, 1; 12 begründet sein soll; Demelius, 342 ff.

[4] Demelius, a. a. O. 253 ff.; 304; 310 f.; 319.

[5] Vgl. B. Biondi, Legittimaz. process., 16 f.; 38 f.; Krüger, Dig.[13]; F. Bonfante, Istitut.[7], 555, Anm. 1.

lichkeit als nachklassische Paratitla-Glosse in Anspruch genommen werden kann.[1] All dies kann aber für das klassische Recht lediglich in zweiter Linie in Betracht kommen, denn die sogenannte Beweiserleichterung versagt sofort, wenn die Frage negativ beantwortet würde.[2] Der dargetanen Funktion entsprechend finden *interrogationes in iure* niemals bei *actiones in rem* Anwendung, da es hier zu einer förmlichen Frage an den Beklagten nicht zu kommen braucht auf Grund des Satzes *invitus nemo rem cogitur defendere* (D. 50, 17, 156, pr.; Ulp. 70. *edict.;* ähnlich D. 6, 1, 80; Furius Anthian. 1. *edict.*: *in rem actionem pati non compellimur, [. . .])*[3] und hier mangels eines Erfüllungszwanges auch eine *ductio* oder *missio in bona* wie bei einer mit Einlassungszwang ausgestatteten persönlichen Klage nicht stattfindet.[4] Dies sagt denn auch D. 11, 1, 1, pr.:

Callistr. 2. *edict. monit.: totiens heres in iure interrogandus est, qua ex parte heres sit, quotiens adversus eum actio instituitur et dubitat actor, qua ex parte is, cum quo agere velit, heres est. [est autem interrogatoria tunc necessaria, cum in personam sit actio et ita, si certum petetur, ne, dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres existerit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat.]*[5]

Der Schluß des Fragmentes: *interdum — sentiat* ist bereits seit langem als unecht erkannt,[6] und sei an Stelle der Worte ⟨*plus petendo causa cadat*⟩ gesetzt worden.[7] Ich möchte in dem ganzen Satze von *est autem* an ein

---

[1] Zu dieser Art von Glossemen vgl. Schulz, Einführung in das Studium der Digesten, 35 f.; Pringsheim, Beryt und Bologna, Festschrift für O. Lenel, 266.

[2] Den Gedanken der prozessualen Beweiserleichterung und der materiellrechtlichen Übernahme der Haftung kombiniert neuestens Betti, a. a. O. 392 ff.: „Ora la interrogatio in iure preliminare è un instituto pretorio, il quale mira a rendere più spedito il processo esimendo l' actor all' onore di provare il presupposto della legittimazione passiva. . . . La responsio in iure manifesta dunque nel suo effetto vincolante una volontà di disposizione più tosto che il riconoscimento di un fatto noto al convenuto e difficile a provarsi per l' attore: non tanto la concessione teoretica per sè presa, quanto il suscipere iudicium in base alla concessione fatta (ex responsione) rappresenta un' assunzione di responsabilità e la volontà determinata di defendere il caput noxium o il patrimonium del defunctus o il fundus unde aqua nocet (unde damnum infectum vereretur)." Den verfehlten Angriff Bettis auf das *defendere defunctum* (392, Anm. 1) hat schon Berger, 1721, mit Recht zurückgewiesen.

[3] Der Rest des Fragments *(quia licet — adprobaverit)* höchstwahrscheinlich unecht; vgl. Gradenwitz, SZ. 7. 82; Ferrini, Pand. 433, Anm. 4; Lenel Paling. 1. 180, Anm. 2; E. Weiß, Gellers Zentr.-Bl. 31. 114, Anm. 4.

[4] Vgl. Lenel, Grünhuts Zeitschr. 37. 518 ff.; Wlassak, SZ. 25. 141 ff.; 42. 420; E. Weiß, a. a. O. 113 ff.

[5] Zur Stelle vgl. Glück, Komm. 11. 240, 245 f., 284; Bethmann-Hollweg, Versuche, 277, Anm. 43; CP. 2. 551, Anm. 53; Savigny, System, 7. 23; Rudorff, RRG. 2. 277; Demelius, 269; 297; Berger, 1720 f.

[6] Vgl. Glück, Komm. 9. 245 f.

[7] Vgl. Jörs, Pauly-Wissowa, 5. 537.

Glossem sehen. Schon rein äußerlich wäre die Ausdrucksweise, wenn beide Sätze aus derselben Feder stammten, denkbar ungeschickt und schwerfällig; daß Callistratus nach erfolgter Abgrenzung des Anwendungsgebietes der *interrogatio qua ex parte heres sit* im ersten Satze darauf nochmals zurückkehrend eine allgemeine Regel in anderer Umschreibung gibt, ist ihm kaum zuzuschreiben. Neben dem doktrinären Stile kommen als sprachlich verdächtige Merkmale die Anknüpfung mit *est autem,*[1] das unschöne *cum in persona sit actio et ita, si certum petetur,* schließlich *dum (!) ignoret actor*[2] in Betracht. Der Satz *est autem et rell.* ist aber auch zum Teil überflüssig, zum Teil abwegig. Daß eine *actio in personam* gemeint ist, ergibt sich schon aus dem echten ersten Satz,[3] daß aber *interrogationes* nur im Falle einer *actio certa* zulässig seien, muß in dieser allgemeinen Form als Widerspruch gegenüber anderen Quellenstellen gebucht werden.[4] Und selbst unter Berücksichtigung dieser kaum von Callistratus herrührenden Ausführungen steht Stephanos (Schol. Ὅτε τελευτήσαντος), der die verallgemeinernde byzantinische Auffassung in breiten Ausführungen vertritt, nicht ab, zu erklären, daß die Voraussetzung einer *actio certa* für das geltende Recht *(σήμερον)* nicht mehr bestehe *(οὐ μὴν εἰς τὸ κέρτον ἀγωγῆς).*

Das justinianische Recht hatte für *interrogationes in iure* keine Verwendungsmöglichkeit; es hatte auch kein auf die bestimmten Interrogationsfälle beschränktes entsprechendes Vorverfahren ausgebildet (fr. 1, 1: *nemo cogitur ante iudicium de suo iure aliquid respondere),* es sah in den althergebrachten *interrogationes* lediglich ein für die Lösung der Beweisfragen besonders geeignetes Institut, das, wenn es einmal diese Funktion übernahm, notwendig verallgemeinert werden mußte. Diese nunmehr allein mögliche Funktion[5] zu betonen und ihr entsprechende Änderungen der klassischen Texte vorzunehmen, scheint der Zweck der Interpolationstätigkeit der Digestenkommission gewesen zu sein, und man kann

---

[1] Etwas Ähnliches bietet C. 4, 44, 2: *minus autem et rell.,* wo plötzlich der Rechtssatz der *laesio enormis* in scharf umschriebener Form auftaucht; dazu Gradenwitz, Bull. dell' Ist. 1. 16.

[2] Beseler, 3. 71. Die Stelle bleibt ihrem Inhalte nach verdächtig, wenn man auch von den sprachlichen Schwierigkeiten mit Rücksicht auf den „Latein stammelnden Halbgriechen" Callistratus (Mommsen, Zeitschr. f. RG. 9. 104; Kalb, Roms Jurist., 121; Pringsheim, Beryt, 265) absehen will.

[3] Auch die Basilikenscholien betonen die Eigenschaft der Klage als *actio in personam* mit Nachdruck: Steph.: Ὅτε τελευτήσαντος zu Bas. 42, 4, 1 *(περσοναλίαν; περσοναλίας ἀγωγῆς):* ebenso Kyrillos, Schol. Ὁ κληρονόμος zur gleichen Stelle *(περσοναλίᾳ ἀγωγῇ);* Ὁ ἐναγόμενος zu Bas. 42, 4, 20 *(τοῦτο δὲ ἐπὶ τῶν προσωπικῶν ἀγωγῶν).*

[4] Vgl. auch Demelius, 267, Anm. 2; 269. Vgl. auch den Fall von D. 16, 3, 9; Paul. 17. *edict.,* wo von der *actio depositi* (Gai. 4, 47) unter dem Abschnitte *de interrogationibus* . . . (Lenel, Paling. 1, 994, Nr. 272) gehandelt wird. Auch Steph. Schol. Ὅτε τελευτήσαντος führt freilich aus: *καὶ ἐπὶ τῆς ἰνκέρτας ἀγωγῆς, ἀδήλου ποσότητος μεμνημένης οὐ δέομαι μαθεῖν, εἰς πόσον μέρος ἐστὶ κληρονόμος.*

[5] Vgl. auch Wenger, Inst. ZP. 288; 273, Anm. 2.

sagen, daß dieser, von gewissen Flüchtigkeitsfehlern abgesehen,[1] in weitem Maße erreicht wurde. Freilich haben die Kompilatoren die Konsequenzen, die sich aus den von ihnen vorgenommenen Änderungen ergeben mußten, nicht voll erfaßt, hatten es auch vielleicht nicht der Mühe wert gefunden, erschöpfende Regelung zu bieten. Denn das klassische Recht hatte die Rechtsfolgen einer auf die genannten Fälle beschränkten *responsio in iure,* mochte sie auf Grund einer *interrogatio* erfolgen oder ohne eine solche abgegeben worden sein,[2] sei sie nun eine bejahende, der Wahrheit entsprechende oder unwahre, sei sie eine den Tatsachen nicht entsprechende verneinde, genau festgelegt, und zwar in einer Weise, die gerade diesen Fällen angepaßt war: Haftung des *negans in solidum,* Verlust der *noxae deditio,* des Abandon, bei erbrachtem Beweise der Unwahrheit. Diese Regeln ließen sich nicht generalisieren. Und so blieb denn durch Verallgemeinerung des Institutes der unbefriedigende Rechtszustand, der auch der Lehre des gemeinen Prozeßrechtes manche harte Nuß zu knacken gab,[3] bestehen, daß bestimmte Responsionsfälle streng umschriebene Rechtswirkungen zeitigten, andere aber nicht.[4] Gewiß kann es aber nicht alleinige Absicht der Kompilatoren bei Verallgemeinerung des Rechtsgebildes der *interrogationes in iure* gewesen sein, dem Richter auf diese Weise die Möglichkeit zu geben, von den Parteien Aufklärungen über gewisse zweifelhafte Punkte zur Gewinnung seines Urteils zu verlangen, denn schon Demelius, 353, der diese Auffassung vertritt, muß zugeben, man könne dann der Digestenkommission den Vorwurf nicht ersparen, „daß die für einen römischen Richter kaum notwendige, aber an sich schätzbare Bemerkung ziemlich ungeschickt angebracht werde“. Dem, was Demelius zur Ehrenrettung Tribonians unternimmt, jener habe nur eine Generalisierung für einen oder den andern analog gelegenen Fall beabsichtigt, kann nicht zugestimmt werden.

II.

DIE INTERROGATIO AN VEL QUA EX PARTE HERES SIT.

Nach Erörterung der allgemeinen Fragen sei im folgenden auf den Hauptfall der *interrogationes in iure,* die *interrogatio an (qua ex parte) heres sit* eingegangen.

Über das Schicksal eines Nachlasses, der keinen Erben findet, berichtet Gaius, Inst. 3, 78:

---

[1] Die Kompilatoren haben die Streichung der Worte *in iure* an einzelnen Stellen übersehen: Vgl. Titelrubrik D. 11, 1; fr. 1, pr.; 4, 1; 7; 9, 7; 10; 12, pr.; 14, pr.; 15, 1; 16, pr.; 20, 1; 22; 9, 4, 26, 3; 16, 1, 23; 39, 9, 1, 12.

[2] Vgl. D. 11, 1, 9, pr.; Ulp. 22. *edict.: si sine interrogatione quis responderit se heredem, pro interrogato habetur.*

[3] Vgl. Demelius, 351 f.

[4] Vgl. Berger, a. a. O. 1727.

(bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum) . . . mortuorum bona veneunt veluti eorum quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere.

Und dieselbe Rechtswirkung zeitigt Abstinenz des *heres necessarius* nach Gai. 2, 158:

sed his (sc. necessariis heredibus) praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant.[1]

Noch nachdrücklicher läßt Justinian diesen Gedanken betonen in Inst. 2, 19, 2:

sed his praetor permittit volentibus abstinere se ab hereditate, ut potius parentis quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur.

Nach dem Tode des Erblassers tritt also reine Haftung des Nachlasses für die Schulden des Verstorbenen ein; auf den Nachlaß greifen die Gläubiger, wenn kein Erbe die *persona defuncti* vertritt.[2] Ersteht aber dem Nachlasse ein Erbe, so bewirkt dieser Umstand nun Haftungsübernahme durch ihn, wie dies D. 42, 5, 4; Paul. 57. *edict.* gerade mit Beziehung auf die *interrogatio an heres sit* ausspricht:

si quis tamen heredem esse ⟨⟨*spondendo:* F^1 corr.⟩⟩ ⟨*respondendo:* F^2⟩[3] *vel actiones patiendo defunctum defendat, bona venire non poterunt.*

Der direkte Zugriff des Erbschaftsgläubigers auf den Nachlaß ist ihm in diesem Falle verwehrt. Die Funktion der *interrogatio an heres sit* ist es demnach, dem Erbschaftsgläubiger Gewißheit darüber zu verschaffen, ob ein Erbe die Defension des Nachlasses übernehmen will, oder er sich mangels einer

---

[1] Vgl. etwa auch D. 42, 5, 28, pr.; Javolen. 1. *epist.; pater familias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit heredem: si filius paterna hereditate se abstinuit ideoque bona patris venierunt . . .*

[2] Vgl. auch Betti, a. a. O. 390, Anm. 3: „Crediamo che il danneggiato e il creditore ereditario avessero in origine il diritto di vindicare (possidere) senz' altro come proprio il caput noxium o le res hereditariae o il fundus unde a. n. (damn. inf. v.) quando il dominus (pater) o lo heres o il possessor non li soddisfacessero, ovvero non assumessero, quasi vindices, la defensio della cosa loro."

[3] Vgl. auch Demelius, 256, Anm. 2; Lenel, Edict.[2], 142, Anm. 6; Berger, a. a. O. 1721. Das ⟨*re*⟩*spondendo* unserer Stelle spielt gewiß auf die *responsio* auf Grund einer *interrogatio in iure* an. Von einem technischen Gebrauch des Wortes *respondere* kann freilich nicht immer gesprochen werden; selbst da, wo die Möglichkeit einer *interrogatio in iure* gegeben wäre, wird nicht regelmäßig gerade an die Antwort auf eine solche gedacht werden können. Vgl. etwa: D. 28, 8, 10; Marcell. 28. *digest.: si plures gradus sint heredum institutorum, per singulos observaturum se ait praetor id quod praefiniendo tempore deliberationis edicit, videlicet ut a primo quoque ad sequentem translata hereditate quam primum inveniat successorem, qui possit defuncti creditoribus respondere;* D. 29, 2, 42, pr.; Ulp. 4. *disput.: . . . si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres extitisset, non esse eum compellendum creditoribus paternis respondere . . .;* D. 23, 3, 72, pr.; Paul. 8. *resp.: mulier bona sua omnia in dotem dedit: quaero, an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur . . .* u. a. m. Auch das Wort *interrogare* ist nicht immer term. techn. Vgl. etwa D. 25, 4, 1, 2; Ulp. 24. *edict.: secundum quod rescriptum evocari mulier ad praetorem poterit et apud eum interrogari, an se putet praegnantem, cogendaque erit respondere.*

solchen an den Nachlaß halten solle. Dieses Moment (und nicht das der Beweiserleichterung) betont D. 38, 9, 1, 12; Ulp. 49. *edict.:*

[sane nonnumquam urgentibus creditoribus interrogandi sunt in iure, an sibi bonorum possessionem admittant,] ut, si repudiare se dicant, sciant creditores, quid sibi agendum esset: si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt.[1]

Der Anfang des Fragments scheint freilich stark überarbeitet zu sein. Sprachlich verdächtig das *sane* und das ganz unbestimmte *nonnumquam,* das auch einer nur annähernd exakten juristischen Fassung widerspricht, ist wohl sehr zu bezweifeln, ob die Klassiker auch die Befragung des *bonorum possessor* zugelassen hätten. Denn gerade das Moment der Ungewißheit des Klägers, ob er als Erbschaftsgläubiger den Erben als Beklagten vor sich habe, kommt hier mit Rücksicht auf die Form des Erwerbes des prätorischen Erbrechts durch *agnitio bonorum possessionis* beim Prätor in Wegfall. Ulpian dürfte offenbar von der Befragung des zivilen Erben gehandelt haben und an dessen Stelle durch byzantinischen Eingriff der *bonorum possessor* getreten sein, wie denn auch fr. 2 und fr. 9, 6, D. 11, 1 von der unter byzantinischem Einflusse erfolgten Einfügung der *bonorum possessio* zeugen (vgl. oben S. 64 f. und S. 87).

Während nun aber das Eintreten für den Verstorbenen, insofern es sich um einen *extraneus* handelt, stets ein Akt der Freiwilligkeit ist, und auch der *suus* nach prätorischem Rechte auf Grund des *ius abstinendi,* einer Einrichtung die in die Zeit der Republik zurückzugehen scheint,[2] zur *defensio defuncti* nicht verpflichtet ist, steht das Eintreten für die Erbschaftsschulden nicht mehr im Belieben des zum Erben Gewordenen. Beachtet man, daß der *extraneus* niemals zur Haftungsübernahme verpflichtet, der *suus* sich schon zu relativ früher Zeit ihrer entschlagen konnte, daß ferner der Unterschied zwischen *actio in rem* und *actio in personam* und der bei letzterer bestehende Einlassungszwang uralt ist und wahrscheinlich über alles historische Erinnern zurückgeht,[3] dann kann man auch für die *interrogatio an heres sit,* die die sich aus der formellen Haftungsübernahme ergebenden Zweifel lösen sollte, ein verhältnismäßig hohes Alter in Anspruch nehmen, wenn sie auch nicht älter sein kann als das Institut der *bonorum venditio mortui* selbst. Zwei Anwendungsmöglichkeiten dieser *interrogatio* sind zu unterscheiden: die Frage an den vermutlichen Alleinerben *an heres sit*[4] und die an den vermutlichen Teilerben

---

[1] Dazu D. 11, 1, 6, pr.; Ulp. 22. *edict.; et quia hoc defunctorum interest, ut habeant successores, interest et viventium, ne praecipitentur, quamdiu iuste deliberant.* Vgl. auch D. 29, 2, 70, 2; Paul. 57. *edict.: si respondit neutram hereditatem* (weder die testamentarische noch die gesetzliche) *ad se velle pertinere, bona defuncti a creditoribus possidenda sunt;* 42, 7, 1, pr.; Paul. ebda.: . . . *si responderit se non aditurum, etiamsi condicio extiterit, vendenda bona defuncti.*

[2] Vgl. Girard-v. Mayr, 972.

[3] Vgl. Wlassak, SZ. 25. 141 ff.; Weiß, a. a. O. 114 ff.; Wenger, Inst. ZP. 102.

[4] So lautet die Frage an den zivilen Erben; von der Befragung des *bonorum possessor* spricht D. 38, 9, 1, 12 und hier soll die Frage angeblich gelautet haben: *an sibi bonorum possessionem admittat.* Vgl. jedoch gegen die Klassizität dieser Worte schon oben Text.

qua ex parte heres sit. Die beiden Fälle müssen bei der Untersuchung auseinandergehalten werden.[1] Zweifellos der einfachere Fall und der Ausgangspunkt dieser Befragung — vielleicht auch des ganzen Institutes — ist die *interrogatio an heres sit.* Dies kommt auch in den Quellen dadurch zum Ausdruck, daß bei Erörterung der Grundfragen der *interrogatio an vel qua ex parte heres sit* und dann, wenn man sich in Konstruktionen dieser Fragestellung einließ, zumeist dieser Anwendungsfall, der natürlich hier auch den Fall der *interrogatio qua ex parte heres sit* deckt, angezogen wurde, dort aber, wo von den Straffolgen einer falschen, undeutlichen oder gar verweigerten Antwort gesprochen wird, den in Anbetracht der Rechtswirkungen der Beantwortung der *interrogatio* interessanteren Fall der *interrogatio qua ex parte heres sit,* setzte, was, wie sich zeigen wird, natürlich und sogar notwendig war. An verschiedenen Stellen werden beide möglichen Fragen gemeinsam behandelt; daß wir es dabei in einzelnen Fällen nicht mit den echten Worten des Klassikers zu tun haben, zeigt D. 11, 1, 4 pr.; Ulp. 22. *edict.,* wo von den Rechtsfolgen dieser Art von *interrogatio in iure* allgemein gehandelt wird, deutlich. Hier heißt es:

Voluit praetor adstringere eum, qui convenitur ex sua in [iudicio] ⟨iure U⟩ responsione[, ut vel confitendo vel mentiendo sese oneret], [simul etiam portionis, pro qua quisque heres extitit, ex interrogatione certioretur].

Denn die Worte *simul — certioretur* stammen gewiß nicht von Ulpian, wie sie schon Gradenwitz, Interpol. 239 f., als unecht erkannt hat. Wir werden es mit einem die Worte des Klassikers ergänzenden Glossem zu tun haben. Ulpian spricht hier von der Verbindlichkeit der einmal gegebenen Antwort.[2] Ihre Konsequenzen sind einfach und klar. Daher läßt die Juristen diese Frage mehr oder minder kalt. Erfolgt Bejahung der Frage, so zieht diese die praktische Verwirklichung der *defensio defuncti* nach sich, mag die Antwort der Wahrheit entsprechen oder nicht. Der Kläger kann daraufhin die unbeschränkte Erbenhaftung gegenüber dem Beklagten geltend machen. Nur im Falle der Verneinung ist ihm der Zugriff gegen den unverteidigten Nachlaß möglich (D. 42, 5, 4). Entspricht die Verneinung der Frage *an heres sit* jedoch nicht der Wahrheit, dann kann der Kläger, dem jedoch der Beweis über die Erbenqualität der Gegenpartei nicht erspart bleibt, trotzdem die Passivlegitimation des Beklagten in Anspruch nehmen. Im Falle der *interrogatio an heres sit* zeigt sich demnach klar, daß das Institut der *interrogationes in iure* nicht zum Zweck der Beweiserleichterung geschaffen ist, denn, wenn der Universalerbe die Frage: *an heres sit* verneint, so ist die Befragung einfach gänzlich um ihre Wirkung gebracht; sie war ein fehlgeschlagener Versuch, den Erben

---

[1] Vgl. schon Demelius, 253; über die Behandlung der *interrogatio* in den Juristenschriften vgl. Lenel, Edict.[2], 140; Berger, 1720; Demelius, 250, Anm. 3.

[2] Vgl. auch Bethmann-Hollweg, Versuche, 281; Demelius, 269; Karlowa, 2. 1177.

zu einer Erklärung zu veranlassen. Der Kläger muß die Sache ganz von neuem beginnen, den Beweis der Erbenqualität des Beklagten erbringen, als ob eine Befragung gar nicht stattgefunden hätte; rechtliche, für den Befragten unangenehme Konsequenzen hat die unwahre Beantwortung der *interrogatio an heres sit* nicht.[1] Es ist daher schwer zu begreifen, wie Ulpian von einem *onerare* des Antwortenden sprechen kann. Ist er Erbe und bejaht, dann entspricht die Wirkung der *responsio* lediglich den Tatsachen; er haftet nach wie vor als Erbe und nach erfolgter *interrogatio* um nichts strenger als vorher. Verneint er die Frage als Erbe zu Unrecht, dann hat er sich dadurch noch weniger beschwert. Denn dem Kläger bleibt, wie gesagt, nichts anderes übrig, als die Erbenqualität des die Frage Verneinenden zu beweisen und ihn dann wie vordem als Alleinerben zu belangen. Richtig wäre dies nur im Falle der *interrogatio qua ex parte heres sit,* denn hier treffen ihn noch zu erörternde Straffolgen. Für die *interrogatio an heres sit* erwähnen aber die Quellen solche nicht, und es wären auch Straffolgen für diesen Fall schwer vorstellbar. Von der *interrogatio qua ex parte heres sit* spricht aber Ulpian wieder nicht.[2] Die Glosse *simul et rell.* weist uns hier einen Weg. Dem byzantinischen Gelehrten interessierte aus leicht verständlichem Grunde die *interrogatio qua ex parte heres sit* weit mehr als die juristischen Feinheiten und theoretischen Erwägungen weniger zugängliche Frage *an heres sit.* Sie hat er in erster Linie vor Augen, und es ist ihm daher nachzufühlen, daß er dort, wo von der Erbenbefragung gesprochen wird, an erster Stelle der interessanten Frage *qua ex parte heres sit* gedenkt.[3] Daher schweben ihm auch bei dem Ausdrucke *adstringere* sogleich deren Rechtsfolgen vor. Wir werden es demnach höchstwahrscheinlich auch hinsichtlich des Satzes *ul vel — oneret* mit einem Glossem zu tun haben. Was das Verhältnis der beiden Glosseme anlangt, so dürfte das eine auf das andere gefolgt sein; aus derselben Feder dürften sie nicht stammen. Dieselbe Wirkung wie eine *responsio* auf die *interrogatio an heres sit* äußert eine dahingehende Erklärung des Beklagten aus eigener Initiative; dies sagt Ulpian in D. 11, 1, 9, pr. (o. S. 67, Anm. 2).[4] Bindend ist auch die Antwort des Teilerben. Die

[1] Damit fällt für die *interrogatio an heres sit* der Versuch Bettis, durch Kombination des Gedankens der prozessualen Beweiserleichterung und der materiellrechtlichen Übernahme der Haftbarkeit die Funktion der *interrogatio in iure* zu erklären. Vgl. o. S. 65, Anm. 2.

[2] Savigny, System, 7. 28, spricht von der „Strafe des unredlichen Benehmens“, übersieht aber, daß sich die Stelle allgemein auf die *interrogatio an heres sit* bezieht.

[3] Auch nach der stark zusammengestrichenen Anonymussumme werden die Worte Ulpians sofort auf die *interrogatio qua ex parte heres sit* bezogen: Bas. 42, 4, 4: *Ἐκ τῆς οἰκείας οὖν ἀποκρίσεως ἐνέχεται ἢ ὁμολογῶν ἢ ψευδόμενος· δηλοῖ γὰρ τὸ μέρος, εἰς ὃ κληρονομεῖ.* Daß Ulpian selbst sich auf die *interrogatio qua ex parte heres sit* bezogen habe, wird man nicht annehmen können; eine Wahrscheinlichkeit dafür, daß sein Ausspruch von den Kompilatoren sehr gekürzt worden sei, so daß eine derartige ursprüngliche Einstellung verwischt worden wäre, besteht nicht.

[4] Dazu Bethmann-Hollweg, Versuche, 279; CP. 2. 550, Anm. 48; Demelius, 263, der mit Recht betont, daß es sich hiebei um die Äußerung des Verpflichtungswillens

Notwendigkeit der *interrogatio qua ex parte heres sit* ergibt sich gegenüber der *interrogatio an heres sit* aus einer weiteren Schwierigkeit für den Beklagten. Zwar wird auch bei ihr der Gläubiger wie bei einer *interrogatio an heres sit* wissen wollen, ob der Beklagte als Teilerbe die teilweise Verteidigung des Nachlasses übernommen habe oder übernehmen will; außerdem muß ihm aber Gewißheit über die quotenmäßige Höhe des Erbteils werden, da er sich sonst in unserem Falle bei Anstellung einer *actio certa* der Gefahr des *plus* oder *minus petere* aussetzte (Gai. 4, 53; 58). Hier hat nun der Prätor, um Schikanen seitens des *interrogatus* zu vermeiden, Sanktionen prozeßpolizeilicher Natur entwickelt, die aber nicht die Grundlage des Instituts, sondern das notwendige oder wenigstens gebotene Beiwerk der *interrogatio qua ex parte heres sit* bilden.[1]

Aus dieser Zwangslage des Klägers ergibt sich die Notwendigkeit, den Beklagten zur Beantwortung der an ihn gestellten Fragen zu zwingen. Allerdings besteht ein Zwang nur zur Beantwortung von Fragen in eigener Sache, wie Ulpian 22. *edict.*; D. 11, 1, 9, 3 ausführt:

Alius pro alio non debet respondere cogi, an heres sit: [de se enim debet quis in iudicio interrogari, hoc est cum ipse convenitur.]

Die Schlußworte bilden die bekannte paraphrasierende Glosse.[2] Es wird aber der ganze Satz von *de se enim* an als Glossem anzusehen sein. Was gesagt wird, ist eine Selbstverständlichkeit; die Worte *de se enim debet* gegenüber Ulpians *pro alio non debet* zeugen von Wortarmut des Glossators, der sich an Ulpians Sprache anlehnt. Auch kommt es nicht auf das *interrogari,* sondern auf den Zwang zu antworten und die Rechtswirksamkeit der Antwort an. Keine Rechtswirkung hat das Verhalten des Haussohnes auf die in Sachen seines Vaters gestellte Frage: D. 11, 1, 19; Papin. 8. *quaest.*:

Si filius, cum pro patre suo ageret, taceat interrogatus, omnia perinde observanda erunt, ac si non esset interrogatus.

---

handelt. Die Frage kann sowohl vom Prätor als vom Kläger selbst *(apud praetorem)* gestellt werden: D. 11, 1, 9, 1; Ulp. 22. *edict.: interrogatum non solum a praetore accipere debemus, sed et ab adversario.* Glück, Komm. 11. 285 f. geht von der umgekehrten Einstellung aus: die *interrogatio* kann nicht nur von der Partei, sondern vom Prätor selbst an die Gegenpartei gerichtet werden. So freilich D. 11, 1, 11, 9; Ulp. 22. *edict.: qui interrogatus responderit . . .: sed et si a praetore fuerit interrogatus, nihil facit praetoris auctoritas, sed ipsius responsum sive mendacium.* Der erste Satz mit seiner Quasikontraktskonstruktion wurde bereits gestrichen; aber auch der angeführte Satz stammt nicht von Ulpian. Denn es bedarf keiner lehrhaften Erörterung daß die Haftung des Beklagten mit der *auctoritas praetoris* nichts zu tun hat. Der Gegensatz *responsum — mendacium* erscheint wenig treffend; *responsum* ist ja nicht nur die wahre, sondern auch die unwahre Antwort und auch das *mendacium* beruht auf einer *responsio.* Zur Stelle Bethmann-Hollweg, Versuche, 278; CP. 2. 550; Savigny, System, 7. 27; Rudorff, RRG. 2. 275; Berger, 1729; Beseler, 3. 71.

[1] Vgl. Demelius, 266 ff.

[2] Vgl. Schulz, Einführung, 22.

Und auch aus der Befragung eines Sklaven können keine Konsequenzen abgeleitet werden; so Ulpian 22. *edict.;* D. 11, 1, 9, 2:

Sed si servus interrogetur, nulla erit interrogatio, [non magis quam si servus interroget.]

Die Worte *non magis quam et rell.* sind Glossem. Verdächtig durch eben diese Anknüpfung[1] fallen sie aus dem Zusammenhange; denn Ulpian spricht § 1 ff. nur vom Zwange zur Antwort und von deren Rechtswirkungen, nicht über das Fragerecht des Klägers. Wohl aber ist ein Zwang im Wege prozessualer Stellvertretung möglich: D. 3, 3, 39, pr.; Ulp. 9. *edict.:*

Non solum autem in actionibus et ⟨in⟩ interdictis et in stipulationibus debet dominum defendere, verum in interrogationibus quoque, ut in iure interrogatus ex omnibus causis respondeat, ex quibus dominus. [an igitur heres sit absens, respondere debebit et si responderit vel tacuerit, tenebitur.]

In diesem Falle ist also der *cognitor* verpflichtet, alle *interrogationes in iure,* die gegen den vermuteten Erben *(dominus)* zulässig wären, zu beantworten. Verdächtig ist allerdings der letzte Satz: *an igitur — tenebitur.* Inhaltsleer, verrät er sich durch das schwerfällige und mißverständliche *an igitur heres sit absens*[2] und durch den Subjektswechsel: *absens (heres) — respondere debebit (defensor)* als resumierendes Glossem. Dazu kommt auch das Fehlen des Subjektes bei *tenebitur;* hier ist doch wieder an den *defensor* gedacht und man kann kaum annehmen, daß es auf Grund dessen *responsio* zu einer interrogatorischen Klage gegen den *dominus* kommen konnte. Dies kann jedoch Ulpian nicht so salopp ausgedrückt haben, denn in dem in diesen Zusammenhang gehörenden fr. 9, 4, D. 11, 1 stimmt derselbe Ulpian 22. *edict.* der Auf-

[1] Vgl. auch beispielsweise D. 1, 9, 6, 1: der von einem Senator an eine Person niedrigeren Standes zur Kindschaft Gegebene verliert dadurch nicht die *senatoria dignitas: [non magis, quam ut consularis desinat esse];* ein läppischer Zusatz. D. 19, 2, 9, 1: *[non magis — conductori]:* das gegebene Beispiel (Vernichtung des Mietobjektes durch Brand) fällt aus dem Zusammenhang (Erlöschen der Pacht durch Tod des verpachtenden Usufructuars); D. 24, 3, 7, 12; stark überarbeitet: Glosse 1: *puto autem — cedere:* erläuterndes Glossem; *oportere* wird von den Klassikern nur im Sinne von „naturnotwendig sein" gebraucht (Beseler, 2. 16); das Ganze wenig geistreich. Glosse 2: *sed et si — inventi,* in der das verdächtige *non magis quam* vorkommt. Sprachliche Merkmale: *sed et si;* Wiederholung von *dici oportet:* Wortarmut des Glossators. Sprachlich schlecht: *quasi in alieno inventi.* Erweiternde und Kasusglosse; von *fructum enim* an begründende Glosse, Gai. 1, 25: *[non magis quam quilibet perigrinus* Gl.]: Fremdkörper; 25 ff. wird nur von *perigrini dedititii* gehandelt; 3, 194: *neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit fur sit, [non magis quam qui omnino fur sit, fur sit.* Gl.] Verdächtig auch 3, 67. Paul. *Sent.* 4, 12, 1: *Servum comunem unus ex dominis manumittendo Latinum facere non potest, [non magis quam civem Romanum.]* Vat. 329: *sub condicione cognitor non recte datur, [non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur.]* (Im Abschnitte *de cognitoribus et procuratoribus.)*

[2] Vgl. auch Glück, Komm. 11. 202, Anm. 94, der aber an der Echtheit des Textes nicht zweifelt. Zu *igitur* als justinianische Anknüpfung vgl. H. Krüger, SZ. 37. 284, Anm. 2.

fassung des Celsus bei, daß durch die Antwort des *defensor* dieser selbst haftbar werde. Das gewiß stark zusammengestrichene Fragment lautet:

Celsus libro quinto digestorum scribit: Si defensor in [iudicio] ⟨iure U⟩ interrogatus, an is quem defendit heres vel quota ex parte sit, falso responderit, ipse [quidem defensor] adversario tenebitur, [ipsi autem quem defendit nullum facit praeiudicium.][1] *veram itaque esse 'Celsi sententiam dubium non est. an ergo non videatur defendere, si non responderit, videndum: quod utique consequens erit dicere, quia non plene defendit.*

Im Falle einer auf Unwahrheit beruhenden Antwort macht sich also der *defensor* selbst haftbar; eine so beschaffene Beantwortung der *interrogatio* des Klägers kann dem Vertretenen nicht zum Nachteile gereichen. Dies müßte doch Ulpian andeutungsweise auch in 9. *edict.* (D. 3, 3, 39, pr.) zum Ausdrucke gebracht haben, wenn der letzte Satz von ihm herrührte.[2]

Daß auch dort, wo ein Antwortzwang nicht besteht, durch freiwillige bindende *responsio* Haftung übernommen werden kann, braucht keiner besonderen Hervorhebung, kann dies doch auch ohne förmliche *interrogatio* geschehen (D. 11, 1, 9, pr.). Um freiwillige Haftungsübernahme handelt es sich auch in D. 11, 1, 18; Julian 4. *ad Urs. Feroc.:*

Qui ex dimidia parte heres erat cum absentem coheredem defendere vellet, ut satisdationis onus evitare possit, respondit se solum heredem esse et condemnatus est: quaerebat actor, cum ipse solvendo non esset, an rescisso superiore iudicio in eum, qui re vera heres erat, actio dari deberet. Proculus respondit rescisso iudicio posse agi, idque est verum.[3]

Hier erklärt sich also der *interrogatus* gegen besseres Wissen als Alleinerbe. Die Wirkung hievon ist, daß er auch als solcher haftet. Doch kann der Kläger für den Fall, daß er von jenem Befriedigung nicht zu erlangen vermag, nach erfolgter *in integrum restitutio* den wahren Erben belangen. Daraus ergibt sich zugleich, daß eine den Tatsachen nicht entsprechende positive Erklärung den in Wahrheit Verpflichteten befreit entsprechend der klassischen Konstruktion

---

[1] Inhaltsleere, begründende Glosse; aus dem Vordersatze ergibt sich zur Genüge deutlich, daß eben nur der *defensor* aus der unwahren Antwort verhaftet ist. Sprachlich unerträglich das *ipse — ipsi*, einmal den *defensor*, einmal den Vertretenen bezeichnend. Etwas Ähnliches in D. 46, 3, 68: . . . *[tutori quidem vel curatori utiliter dependi, ipsis autem . . . non recte persolvi . . .]*; dazu Heumann-Seckel, 487; Beseler, 2. 47 f. Das folgende: *veram itaque — est* für Ulpian wohl zu kurz.

[2] Der in Rede stehende Schlußsatz von D. 3, 3, 39, pr.: *an igitur — tenebitur* wird in der Basilikensumme in dem im Texte dargelegten Sinne wiedergegeben: Bas. 8, 2, 39. Hier heißt es: *καὶ ἐὰν ἐπερωτηθεὶς ἐν δικαστηρίῳ εἴπῃ κληρονόμον εἶναι τὸν ἀπόντα, ἢ σιωπήσῃ, ἐνέχεται.* Danach schweigt der prozessuale Stellvertreter oder braucht Ausflüchte (*κληρονόμον εἶναι τὸν ἀπόντα*) und er ist es selbst, der haftbar wird. Dazu die *interpretatio: εἰ δὲ ἀποκρίνηται, καὶ εἴπῃ κληρονόμον τὸν πρωτότυπον, ἢ σιωπήσῃ, κατέχεται αὐτὸς ὁ προκουράτωρ.*

[3] Dazu Glück, Komm. 11. 280 f.; Bethmann-Hollweg, Versuche, 280; CP. 2. 553; Demelius, 283 f.; Krüger, KVGR. 22. 419; Lenel, Edict.², 142 f.; Betti, 394.

der *responsio* als *intercessio (privativa)* mit dadurch bedingter Klagekonsumtion: D. 16, 1, 23. Quellenmäßig wird dies nicht nur in fr. 18, sondern auch in fr. 8 für den besonderen Fall der Noxalklage dargelegt: Paul. 22. *edict.*:

Si quis interrogatus de servo qui damnum dedit, respondit suum esse servum, tenebitur lege Aquilia quasi dominus, et, si cum eo actum sit qui respondit, dominus ea actione liberatur.[1]

Im Widerspruche mit dieser Auffassung steht nun allerdings D. 11, 1, 20, pr.; Paul. 2. *quaest.* gerade hinsichtlich des Falles einer bejahenden *responsio* auf eine *interrogatio an heres sit.* Hier heißt es:

Qui servum alienum responderit suum esse, si noxali iudicio conventus sit, dominum liberat; aliter atque si quis confessus sit se occidesse servum quem alius occidit, [vel si quis responderit se heredem: nam his casibus non liberatur qui fecit vel qui heres est.] nec haec inter se contraria sunt; nam superiore casu ex persona servi duo tenentur, sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento alter quoque liberatur: at si quis confitetur se occidisse vel vulnerasse suo nomine tenetur, [nec debet impunitum esse delictum eius qui fecit propter eum qui respondit: nisi quasi defensor eius qui admisit vel heredis litem subiit hoc gerere: tunc enim in factum exceptione data summovendus est actor, quia ille negotiorum gestorum vel mandati actione recepturus est quod praestitit: idem est in eo qui mandatu heredis heredem se esse respondit vel cum alias defendere vellet.]

Das Fragment ist stark überarbeitet; Pernice[2], Lenel[3], Levy[4] und neuestens Püschel[5] haben bereits den Schluß von *nisi quasi* angefangen als unecht gestrichen. Segrè[6] tilgt meines Erachtens mit Recht außerdem die Sätze *vel si quis — heres est* und *nec debet — respondit.* Die Streichung des Schlusses bedarf wohl kaum weiterer Begründung. Zur Streichung des Satzes *vel si quis — heres est* wäre noch folgendes zu bemerken: Paulus unterscheidet zwischen dem Falle einer *interrogatio in iure* gelegentlich einer Noxalklage und der *confessio* aus Anlaß einer *actio l. Aquiliae.* Dazu tritt noch der als verdächtig bezeichnete Fall der *interrogatio an heres sit,* der außerhalb des logischen Zusammenhanges steht, da Paulus auf ihn gar nicht mehr zu sprechen kommt; denn der Satz *idem est — vellet* am Schlusse unseres Fragmentes stammt nicht aus seiner Feder. Wir hätten also drei Fälle auseinanderzuhalten. Nun sagt aber Paulus unmittelbar im Anschlusse an die in Rede stehenden Worte zur Begründung seiner Entscheidung: *nam superiore casu ...,*[7] was natürlich voraussetzt, daß

[1] Vgl. auch D. 9, 4, 26, 3; Paul. 18. *edict.*: *si servum alienum alius in iure suum esse responderit, altero solvente alter liberatur.*

[2] Labeo, 2/I. 248, Anm. 6.

[3] Edict.[2], 143, Anm. 1.

[4] Konkurrenz, 1, 317, Anm. 2.

[5] Confessus pro iudicato est, Heidelberg 1924, 216.

[6] Mél. Girard, 2. 557, Anm. 1.

[7] Freilich wird auch der Satz: *nec haec — tenetur,* so wie ihn die Digesten bieten, kaum klassisch sein; die Einleitung: *nec haec inter se contraria sunt* ist typisch byzanti-

er früher eine Unterscheidung zwischen zwei Fällen machte. Man wird daher nach alledem der Streichung Segrès nur zustimmen können.[1] Dazu kommt noch, daß Paulus, der sich mit dieser Äußerung in Gegensatz zu Proculus-Julian begibt, diese abweichende Auffassung hätte näher begründen müssen; mit einem *idem est in eo* . . . ist die Frage doch nicht abgetan.[2] Eine Gefahr könnte diese den wahren Verpflichteten befreiende Wirkung einer den Tatsachen nicht entsprechenden bejahenden Antwort nur insofern darstellen, als sich ein *defensor* auf diese Weise um seine Kautionspflicht drücken könnte. Auf diesen Fall spielt denn auch fr. 18 an mit den Worten: *ut satisdationis onus evitare possit.* Allein es ist doch festzuhalten, daß der Kläger keineswegs gezwungen ist, den Respondenten weiter zu verfolgen, sondern seine Klage auch gegen einen andern richten könnte, wenn er diesen für den wahren

---

nisch; vgl. Pringsheim, Beryt und Bologna, 212 f.; 220 ff. Allein ich glaube doch, daß in ihm ein klassischer Kern steckt und die Begründung unter Verweisung auf die beiden klassischen Fälle echt ist.

[1] Dagegen hält Püschel, a. a. O. 211, Anm. 1, die Stelle bis: *propter eum respondit* für echt. — Von einer Haftung aus falscher positiver Beantwortung der *interrogatio an heres sit* wird auch in dem schon behandelten fr. 9, 4 gesprochen, ohne daß aber von der befreienden Wirkung der Antwort geredet werden kann; denn hier liegt der Fall anders: der Vertretene ist gar nicht Erbe oder wenigstens nicht in dem von der *responsio defensoris* angegebenen Sinne. — D. 11, 1, 20, pr., und 11, 1, 5 sind die einzigen Stellen, in denen die *interrogatio an heres sit* und die *interrogatio* im Falle einer Noxalklage gemeinsam behandelt werden. In beiden Fragmenten steht der angezogene Fall außerhalb des organischen Zusammenhanges der Erörterung und ist als unecht zu streichen.

[2] Demelius ist diese Meinungsverschiedenheit schon aufgefallen, doch geht er darüber hinweg mit den Worten: „Indessen hat es auch eine andere Lehre gegeben, welche das von Proculus und Julian angenommene Konsumtionsverhältnis verwarf. So Paulus . . .“ (S. 284). Es entspricht aber nicht der Forschungsmethode der Klassiker, gegnerische Meinungen auf diese Weise „stillschweigend“ zu „verwerfen“, inbesondere wenn sie von einer Autorität wie Julian vertreten werden. Dogmatische Betrachtungen zu fr. 20, pr.: Glück, Komm. 11. 277 ff.; Bethmann-Hollweg, Versuche, 280; CP. 2. 553; Rudorff, RRG. 2. 276 f. Betti, 394 scheint Segrès Streichung der Worte *vel si quis — heres est* übersehen zu haben; er faßt die Stelle als echt und ergeht sich dort überhaupt in Widersprüchen. „Il rapporto tra il teneri pretorio e la obligatio civile è quello di concorrenza per consunzione processuale . . .: effetto liberatorio immediato ha la 1. contestatio in base alla responsio. In conseguenza il fassus se dominum non ha, lite contestata, altro mezzo per liberarsi che la in integrum restitutio: ciò almeno secondo una teoria Proculiana accolto da Giuliano (4 ad Urs. F. 11, 1, 18).“ In diesem Fragment handelt es sich nicht um den *fassus se dominum* (Noxalklage), sondern um den Fall der Bejahung der Erbenqualität *(interrogatio an heres sit).* Außerdem wird nicht von der *in integrum restitutio* zugunsten des vermögenslosen Teilerben, sondern des durch die Antwort jenes irregeführten Klägers gesprochen. „Se non che tra il caso dell' a⁰. noxalis e aquae pl. a. dall' un lato e il caso dell' a⁰. in heredem e legis Aquiliae dall' altro v' è la differenza che, mentre colà il teneri ha carattere reale (ex persona servi, fundi nomine), qui invece ha carattere personale (suo nomine): il che sembra aver escluso per Paul. 2, quest. 11, 1, 20, pr. la concorrenza di consunzione.“ Diese Erwägungen erledigen sich infolge der Unechtheit der Stelle.

Erben ansieht. Daher kann er sich auch nicht für beschwert erachten, wenn auf Grund der *litio contestatio* (u. S. 81 f.) gegen den falsus respondens seine Klage gegen in Wahrheit Verpflichteten auch ohne *satisdatio iudicatum solvi* erloschen ist.

Der Befragte hat sich über seine Erbenqualität bestimmt auszusprechen, widrigenfalls er Gefahr läuft, in dem für den Kläger günstigsten Sinne, als Alleinerbe, haftbar zu werden. So Ulpian 22. *edict.;* D. 11, 1, 9, 5:

Qui interrogatus heredem se responderit nec adiecerit qua ex parte, ex asse respondisse dicendum est, [nisi forte ita interrogetur, an ex dimidia parte heres sit, et responderit „heres sum“: hic enim magis eum puto ad interrogatum respondisse].

Der Satz *nisi forte — respondisse* ist natürlich Beiwerk eines Glossators, macht sich sprachlich schon durch die Art der Anknüpfung verdächtig. Zweimal so lang wie der klare Ausspruch Ulpians, überaus ungeschickt und breit formuliert, ist er das Produkt des Gedankenganges eines tüftelnden Buchgelehrten, der die platte Selbstverständlichkeit in überhebend bescheidener Form entscheidet. Man vergleiche bloß das kernige *dicendum est* Ulpians gegenüber dem gedrechselten *hic enim magis eum puto* . . . des Byzantiners. Die Notwendigkeit der von Ulpian vorgetragenen Regel ergibt sich aus der Natur der *interrogationes in iure;* Klarstellung von Zweifelsfragen kann nur durch klare Antwort erfolgen und der vom Prätor festgelegte Antwortzwang kann nur in dieser Strenge seinen Zweck erreichen. Straffolgen ergeben sich hieraus nur für den *heres ex parte,* der Alleinerbe wird nicht getroffen. Ähnliche Vorkehrungen wie für den Fall unklarer Beantwortung sind für den Fall des Schweigens des Befragten auf die *interrogatio* vorgesehen. Hierüber berichtet Ulpian 22. *edict.:* D. 11, 1, 11, 4:

Qui tacet quoque[1] *apud praetorem, in ea causa est, ut [instituta] actione in solidum conveniatur, [quasi negaverit se heredem esse, nam qui omnino non responderit, contumax est: contumaciae autem poenam hanc ferre debet, ut in solidum conveniatur, quemadmodum si negasset, quia praetorem contemnere videtur.]*[2]

Was unter „Schweigen“ zu verstehen ist, wird im Anschluß an unsere Stelle in § 5 auseinandergesetzt:

Quod autem ait praetor „omnino non respondisse“, posteriores sic exceperunt, ut omnino non respondisse videatur, qui ad interrogatum non responderit, [id est πρὸς ἔπος. Gl.][3]

Das fr. 11, 4 ist durch Glossatorenweisheit verderbt. Zuerst ist der Satz *quasi negaverit se heredem esse* zu streichen, dann der ganze Schluß von *nam*

---

[1] Das *quoque* setzt die Erörterung in § 3 fort, wo auch von Haftung *in solidum* gesprochen wird, ist daher echt. Vgl. auch schon Glück, Komm. 11, 265, Anm. 1.

[2] Itp.; hier wird, wie schon Karlowa, RRG. 2. 1177 bemerkt, der klassische Name der durch die *responsio* modifizierten Klageformel, wohl aber nicht *a.*[0] *interrogatoria* gestanden haben.

[3] Zu den *id est*-Glossemen vgl. Schulz, a. a. O. 22. In den Basiliken, 42, 4, 11, 5 ist die Glosse in den Text verflochten.

qui omnino angefangen. Ulpian führt aus, daß derjenige, der auf die gestellte *interrogatio* eine Antwort verweigert, als *heres ex asse* zu betrachten sei. Hier ist ein Fall gegeben, wo Schweigen als Zustimmung, und zwar als Zustimmung zu der dem Befragten unangenehmsten Art der Fragestellung angesehen werden kann.[1] Die Glosseme sind meines Erachtens zeitlich aufeinander gefolgt. Zuerst war es einem byzantinischen Gelehrten bei der Lektüre des Ulpian eingefallen, daß der die Antwort verweigernde Befragte geradeso behandelt würde wie der die Antwort verneinende, und er fügte die Worte *quasi — esse* bei. Ganz falsch! Denn im Falle verneinender Antwort ist der Kläger auf den Nachlaß gewiesen oder aber er kann auf eigene Gefahr den Beweis der Erbenqualität des Befragten erbringen, diesen klagen. Im Falle verweigerter Antwort wird ihm die durch den Hinweis auf die erfolgte *interrogatio an heres sit* modifizierte Klagsformel gegeben und der Beklagte als Alleinerbe angesehen. Ulpian kann also den Satz nicht geschrieben haben. Die zweite Glosse sucht einmal die von Ulpian dargelegte Wirkung des Schweigens auf die gestellte Frage mit *contumacia* zu begründen und verrät sich durch diesen Gedankengang als byzantinisch, denn dem klassischen Rechte waren Säumnisfolgen durch direkte Zwangsmittel gegen den *contumax* im Verfahren *in iure* grundsätzlich fremd und sie hat erst die Spätzeit als Ausflucht der Folgepflicht gegenüber amtlicher Ladung entwickelt.[2] Zum andern wird die Glosse im Ulpiantext gedankenlos nachgeschrieben *(quemadmodum si negasset)* und weiter tiefsinnig begründet: *quia — videtur.* Wieder eine Abirrung, denn die Frage hatte ja nach Ulpians Texte gar nicht der Prätor gestellt; sie wurde vom Kläger *apud praetorem* gestellt. Das *praetorem contemnere* ist in diesem Zusammenhange wohl nichts anderes als ein byzantinischer Kratzfuß vor der Obrigkeit.[3] Für die Richtigkeit unserer Auffassung sprechen noch zwei Momente. Einmal fr. 11, 2: die Stelle handelt

---

[1] So auch die *interpretatio* zu Bas. 8, 2, 39, pr.: *καὶ ἐὰν ἀποκρίνηται, εἴτε καὶ σιωπήσῃ, ταυτὸν γάρ ἐστιν ἐνταῦθα ἡ συναίνησις τῇ σιωπῇ, κατέχεται ὡς κληρονόμος.* Vgl. auch Schol. Anonym.: *Καὶ σιωπῶν οὖν συναινεῖ.* Trotzdem heißt es auch in der Basilikensumme, 42, 4, 11, 4: *Καὶ ὁ μὴ ἀποκρινόμενος, ὡς ἀρνούμενος, ἢ ὡς ἀπειθής ἐστι. καὶ εἰς ὁλόκληρον ὡς ἀρνησάμενος ἐνάγεται.*

[2] Vgl. Wenger, Inst. ZP., 195 f.; 271 und Festschrift, o. 5.

[3] Der glossierte Text hat zu Meinungsverschiedenheiten der Ausleger geführt. Vgl. Glück, Komm. 11. 264, Anm. 60; Demelius, 285 f.; auch Berger, a. a. O. 1722; Betti, a. a. O. 405; 405 zweifeln nach ihren Ausführungen an der Echtheit des glossierten Textes nicht. Lenel, Edict.², 141, der zwar (unter 4.) den leugnenden Erben und denjenigen, der auf die Frage überhaupt nicht geantwortet hat, gleichstellt, sieht offenbar im letzteren Falle (unter 4 c) von der Erbenqualität ab (im Gegensatze zu 4 a; b) und kommt dadurch zu unserer Auffassung; denn wenn Schweigen dem Leugnen gleichstünde, könnte der Kläger nur unter Nachweis der Erbenqualität *in iudicio* obsiegen; steht er aber dem bejahenden, und zwar unter den ungünstigsten Bedingungen *(in solidum)* gleich, dann ist die Frage, ob er in Wahrheit Erbe ist oder nicht, ohne Belang. Zur Stelle noch Bethmann-Hollweg, Versuche, 281; CP. 2. 552; Savigny, System, 7. 28; Rudorff, RRG. 2. 276; Karlowa, RRG. 2. 1179.

davon, daß ein Nichterbe oder ein Teilerbe sich als *heres ex asse* erklärt. Nun heißt es mit den gleichen Worten wie in unserem Paragraphen: *(in assem) [instituta] actione convenietur.* Wenn Ulpian in zwei Stellen in nächster Nähe die gleichen Worte gebraucht, so kann man doch nicht annehmen, daß die Rechtsfolgen andere wären; in einem Falle reine Haftung aus der *responsio,* im andern Nachweis der Erbenqualität des Befragten *in iudicio* durch den Kläger. In § 4, wo von einer wissentlich unwahren Antwort gehandelt wird, gebraucht Ulpian nicht den von Tribonian getilgten und durch *„instituta“* (o. S. 77, Anm. 2) ersetzten klassischen Namen der Klage aus der *responsio.* Zum andern steht in Übereinstimmung mit der vorgetragenen Auffassung D. 22, 3, 18, 2; Ulp. 6. *disput.*:

Interrogationis factae probationem actori imponi debere, id est ei, qui in iure interrogatum dixit respondisse se solum heredem esse. vel si tacuisse interrogatus, aeque tantundem erit dicendum [impositam improbationem non ei qui excepit se non respondisse, sed actori].

Demelius, 293, und ihm folgend Püschel, 189, Anm. 2, streichen bereits meines Erachtens mit Recht den Schluß der Stelle von *impositam — actori* als „Marginalbemerkung“ (Randindex: Schulz), die fälschlich als Schluß des Fragmentes in den Text gekommen ist.[1] Ulpian führt aus, daß der Kläger den Beweis darüber, daß sich der auf Grund einer *interrogatio an heres sit* Befragte als Alleinerbe bekannte, *in iudicio* zu erbringen habe, und erklärt, daß dasselbe für den Fall des Schweigens des Befragten zu gelten habe. Dies sei die Beweislast des Klägers; den Beweis der Erbenqualität des Beklagten brauche er nicht zu erbringen. In beiden Fällen gelte er auf Grund der Befragung als Erbe. Daß dies auch für den Fall des Leugnens gilt, wird nicht gesagt; denn hier hätte ja der Kläger *in iudicio* den Beweis über die Erbenqualität zu erbringen; daß eine *interrogatio in iure* gestellt wurde, braucht er nicht zu beweisen, da er ja aus der negativen Beantwortung der *interrogatio an heres sit* für sich keine Rechtsfolgen ableiten kann. Freilich kann man sich nicht verhehlen, daß auch gegen diese Ausführungen Ulpians schwere Bedenken sprechen.

---

[1] Anders behandelt Lenel, Edict.², 144, die Stelle. Er streicht *vel si tacuisse — improbationem* und die beiden letzten Worte: *sed actori.* Die Worte: *ei qui excepit* seien „ganz sicher echt“. Gegen ihn schon Karlowa, RRG. 2. 1178. Auch ich glaube, daß die Worte *non ei — respondisse* überflüssige Wiederholung des von Ulpian im ersten Satze niedergelegten Ausspruches sind. Das Wort *improbatio* im Sinne von „Gegenbeweis, Beweis der Negative“ (Karlowa) ist so ausgefallen, daß man es nicht für echt halten kann; s. auch Heumann-Seckel, 252. Es ist aber auch nicht einzusehen, warum Lenel die Worte *vel si — dicendum* streichen will; sie bilden eine eines Klassikers nicht unwürdige Ergänzung des ersten Satzes und sind sprachlich nicht anstößig, während die folgenden Worte *impositam — actori* ungeschickt angefügtes Flickwerk sind. Für unsere Auffassung spricht auch der Basilikentext, der (22, 1, 18, 2) die Digestenstelle inhaltlich so wiedergibt, wie wir den klassischen Text rekonstruieren wollen: *'Εὰν λέγω, τινὰ ἐρωτηθέντα ἐν δικαστηρίῳ εἰπεῖν κληρονόμον ἑαυτὸν μόνον, ἢ σιωπῆσαι, ἐγὼ δεικνύω.*

Hält man dafür, daß nach klassischem Rechte auf Grund einer Antwort auf die *in iure* gestellte Frage eine irgendwie modifizierte *formula („f. interrogatoria“)* gegeben wurde — und dies wird man wohl als sicher annehmen dürfen —, dann kann von einer Beweislast des Klägers *in iudicio* hinsichtlich der Befragung nicht mehr gesprochen werden. Der Beweis ist durch die *formula* selbst erbracht. Damit fällt zugleich jede Art der Beweislast hinsichtlich der Frage *in iure,* denn bei positiver Beantwortung ist sie mit Rücksicht auf die *formula* überflüssig, bei negativer Antwort kommt sie überhaupt nicht in Frage. Mögen aber nun Ulpians Worte auch in irgendeiner Weise von den Byzantinern geändert und ihres Sinnes beraubt worden sein, so viel wird man doch aus dem Fragment erschließen können, daß der klassische Text die Rechtsfolgen positiver Antwort und Schweigens auf die *interrogatio* gleichstellte. Der Schweigende wird also wie derjenige behandelt, der seine Erbenqualität zugibt, nicht aber wie der Leugnende.[1] Schließlich sei noch verwiesen auf die freilich als unecht angesprochene Stelle in fr. 12, pr.: *sin autem filius, qui se abstinuit, interrogatus tacuerit, succurrendum est ei.* Unecht und für das klassische Recht nicht beweisend, zeigt sich doch wieder eine andere Einstellung des Glossators gegenüber dem von fr. 11, 4. Denn wenn man annimmt, daß Schweigen gleich dem Leugnen keine unmittelbaren Rechtswirkungen zeitigt, dann liegt kein Grund vor, dem schweigenden Sohne zu Hilfe zu kommen — auch fr. 12, pr. handelt ja von der *interrogatio an heres sit* und nicht von der Befragung eines Teilerben. Anders liegen die Dinge, wenn Schweigen gleich der positiven Erklärung haftbar macht. Aus diesem Gedankengang entspringend, haben die Worte: *succurrendum est ei* einen guten Sinn, wenn sich auch der Klassiker kaum zur Gewährung einer *in integrum restitutio* entschlossen haben würde.

Die durch das Glossem in fr. 11, 4 herbeigeführte Gleichstellung von Leugnendem und Schweigendem findet sich aber nochmals in D. 11, 1, 11, 7.

---

[1] So jetzt auch Wenger, Inst. ZP. 97. — Zur Stelle vgl. auch Glück, Komm. 11, 264, Anm. 60, der Wybo, De interrogationibus in iure, Lugd. Bat. 1732, cap. 10, 153 ff., folgt. Anderer Meinung auch hier Demelius, 291 ff. („das *tacuisse* und das *mentitum esse,* dem ersteres gleichsteht . . .“). Auch Dorotheos, dessen Index (geschrieben nach 542) sich genau an den Digestentext gemäß der Vorschrift Justinians hält (vgl. Peters, 44; 80 ff.), arbeitet an dieser Stelle im Schol. *Ἔγνως* (Heimb. 2, 472) unter Berufung auf den Titel *περὶ ἐπερωτήσεων* mit der Gleichstellung des *tacens* mit dem *negans: ἔνθα δέ τις μερικὸς ὢν πρὸς τῆς ἀληθείας κληρονόμος, καὶ ἐπερωτηθείς, εἰ κληρονόμος ἐστί, σιωπήσει καὶ μη ἀποκρίνεται. οὗτος ἀντὶ ἀρνησαμένου παραλαμβάνεται.* Doch fällt diese Bemerkung ganz aus dem Rahmen der Erläuterung, die sich dann nur mit dem *tacens* beschäftigt. Es wird eben der glossierte Text des Titels *de interrogationibus* . . . herangezogen, während die erläuterte Stelle vom *negans* nicht spricht. Eine Schlußfolgerung aus Gaius (2, 24), der von dem Vorgange bei der *in iure cessio* spricht, und erklärt: *quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit (sc. praetor),* kann nicht gezogen werden. Hier muß gegen Betti, 405, Stellung genommen werden. Denn aus der Lage des Falles ergibt sich, daß die Unterlassung der *contravindicatio* als konkludente Handlung dem ausdrücklichen Verzichte gleichsteht.

Schon früher wurde zu fr. 9, 5 ausgeführt, daß die Antwort des Beklagten *in iure* vollständig und klar sein müsse. Unklare Antwort fällt ihm zur Last; er wird so behandelt, als hätte er sich als Alleinerbe erklärt. Dieser Gedanke wird nun an dieser Stelle noch einmal ausgeführt von demselben Ulpian:

Nihil interest, [neget quis an] ⟨utrum?⟩ taceat interrogatus an obscure respondeat, ut incertum dimittat interrogatorem.

Auch hier werden wir den klassischen Text von abwegigem Glossem gereinigt in der angezeigten Weise wieder herzustellen haben. Die Fassung *tacere – obscure respondere* ist schärfer als die von *negare + tacere — obscure respondere;* auch hinkt das *interrogatus* in der Fassung des Digestentextes im zweiten Gliede unschön nach. Daß nicht nur an einer, sondern an zwei Stellen das *tacere* dem *negare* im Digestentexte gleichgestellt wird, kann unsere Auffassung nicht zu Fall bringen; die beiden Paragraphen sind derart benachbart, daß beide Einfügungen leicht von derselben Hand stammen können.[1]

Über die Art der Haftung, die den *interrogatus* infolge der Beantwortung der an ihn gestellten Frage trifft, sagt D. 11, 1, 11, 12; Ulp. 22, *edict.:*

Celsus scribit licere responsi paenitere, [si nulla captio ex eius paenitentia sit actoris]: quod verissimum mihi videtur, [maxime si quis postea plenius instructus quid faciat, instrumentis vel epistulis amicorum iuris sui edoctus].

Der *maxime si*-Satz, der der abstrakten Regel einen besonderen Fall anschließt, wird auf Glossem zurückzuführen sein: der *„casus“* ist nicht besonders lehrreich. Zur Annahme einer Interpolation wird man trotz des „emblematischen *maxime si*“ (Beseler, 2, 38) wegen der geringen Bedeutung, die dem Satze innewohnt, kaum gelangen können.[2] In der abstrakten Bestimmung des ersten Halbsatzes scheint aber von Tribonian eine Änderung vorgenommen worden zu sein, der die Erwähnung der *litis contestatio* strich und an ihre Stelle die Worte: *si nulla captio ex eius* (des Beklagten!) *paenitentia sit actoris* setzte.[3] Dies beweist der echte Passus in D. 9, 4, 26, 5; Paul. 18. *edict.:*

---

[1] Ein einziger Fall undeutlicher Antwort soll dem *interrogatus* nicht schaden: Ulp. 22. *edict.;* D. 11, 1, 11, 6: *[si interrogatus quis, an ex asse heres esset, responderit ex parte, si ex dimidia esset, nihil ei nocere responsum: quae sententia humana est.]* Der Schluß der Stelle ist als unecht bereits erkannt worden. Man dürfte aber vielleicht den ganzen Paragraphen als unecht (Interpolation?) streichen können, wie denn auch der angehängte Schlußsatz von D. 7, 1, 43: *[si tamen non sit specialiter facta partis mentio, dimidia pars bonorum continentur],* auf den Anonymus in Schol. *Τὸ γὰρ μέρος* (Heimb. 4, 292) verweist, und dessen erster Halbsatz ungemein schwerfällig ist, zu tilgen sein dürfte. Darauf weist auch hin der absolute Infinit. *(sancimus!).* Daß die Byzantiner offenbar bestrebt waren, die strengen Rechtsfolgen nicht allzu genauer Beantwortung der *interrogatio* zu mildern und dies besonders zu beteuern, zeigt auch der glossierte *nisi forte*-Satz in D. 11, 1, 9, 5 (o. S. 77).

[2] So freilich Berger, 1722, der den ganzen Satz als itp.-verdächtig ansieht.

[3] Darauf macht aufmerksam Demelius, 265. Auf die *litis contestatio* als tempus ad quem des *ius paenitendi* verweist bereits das Scholion des Anonymos *Ἀνάγνωθι* (Heimb. 4, 293): . . . *ἐν ᾧ φησιν ὅτι πρὸ τῆς προκατάρξεως δύναται μεταμέλεσθαι, οὐ μὴν μετὰ προ-*

... et ideo si negaveris servum in tua potestate esse, postea fateri poteris, nisi si iam lis adversus te contestata est: nam tunc audiri non debebis, ut Labeo ait: Octavenus ex causa etiam lite contestata tibi succurrendum, utique si aetas tua ea sit, ut ignosci tibi debeat.

Hier haben die Kompilatoren, die freilich auch an dieser Stelle Änderungen vorgenommen zu haben scheinen — der *nisi si*-Satz hinkt unschön nach und dürfte, inhaltlich echt, aus einer längeren Erörterung des Paulus zusammengestrichen sein —, die Erwähnung der *litis contestatio* zu streichen übersehen. Ob ein derartiges Rücktrittsrecht von der einmal abgegebenen Erklärung auch für den Fall gegeben war, daß sich der Beklagte als Alleinerbe oder Teilerbe bekannte (ohne im letzteren Falle Alleinerbe zu sein), ergibt sich aus D. 9, 4, 26, 5 nicht. Daß diese Stelle von der Befragung *an dominus sit* im Falle eines Noxalprozesses handelt, verschlüge nichts; auch bei der Erbenbefragung werden die Dinge nicht anders liegen. Wohl aber ist es nach dieser Stelle sehr fraglich, ob auch eine positive Beantwortung zurückgenommen werden könne. Denn hier wird der Antwortende schon gemäß seiner Antwort haftbar, während er im Falle des Leugnens den erst *in iudicio* zu führenden Beweis des Beklagten zu fürchten hätte. Es scheint denn auch hier nach klassischem Rechte die Frage anders behandelt worden zu sein. Und daran änderte auch Tribonian nichts, denn er läßt die *paenitentia* des Beklagten nur zu, wenn dem Kläger keine S c h ä d i g u n g zugefügt würde. Eine solche wäre aber im Falle der Rücknahme einer bejahenden Antwort gegeben. In diesem Falle kann daher allein *in integrum restitutio* helfen, von der D. 11, 1, 11, 8; 10f. handeln. Hier heißt es (Ulp. 22. *edict.*):

§ 8: *[Ex causa succurri ei, qui interrogatus respondit, non dubitamus: nam et] si quis interrogatus, an patri heres esset, responderit, mox prolato testamento inventus sit exheredatus, aequissimum est succurri ei: et ita Celsus scribit, [hic quidem et alia ratione, quod ea quae postea emergunt auxilio indigent: quid enim si occultae tabulae et remotae postea prolatae sunt? cur noceat ei, qui id responderit, quod in praesentiarum videbatur?] idem dic⟨endum put⟩o* (?) *et si qui heredem se responderit, mox falsum vel inofficiosum vel irritum testamentum fuerit pronuntiatum: [non enim improbe responderit, qui scriptura ductus.]*

§ 10. *Qui iusto errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est.*

§ 11. *[Sed et si quis sine dolo malo, culpa tamen responderit, dicendum erit absolvi eum deberi, nisi culpa dolo proxima sit.]*

Auch hier wieder ist der Text durch unechte Stellen stark erweitert. Als Glosseme sind vorerst im § 8 zu streichen die Sätze: *hoc quidem — videbatur*

κάταρξιν, εἰ μὴ ἀφῆλίξ ἐστιν. Vgl. noch A. F a b e r, Rational. 2/2, 500; B e t h m a n n-H o l l w e g, Versuche, 282, Anm. 71; CP. 2. 553; gegen diese Auffassung G l ü c k, Komm. 11. 254, Anm. 14, in Anlehnung an W y b o. Mit D e m e l i u s: K a r l o w a, RRG. 2. 1177; B e r g e r, 1722; B e t t i, 395; 404 (inhaltlich gleich, ohne aber einen Verdacht gegen die Echtheit von § 12 auszusprechen).

und *non enim — ductus.* Dazu schon Beseler, 2. 88; 3. 72; 74 mit guten sprachlichen Gründen. Der Mittelsatz ist überflüssig und infolge seiner geschwätzigen Breite und der unbeantworteten rhetorischen Fragen verdächtig; der Schlußsatz recht geistarme Begründung. Ob der Zwischensatz: *idem dico et rell.* echt oder Glosse ist, muß dahingestellt bleiben; das *dico* klingt für Ulpian gewiß zu selbstbewußt (Beseler, 2. 36); sonst besteht ein sprachlicher Anstand nicht. Vielleicht kann er durch die von Beseler vorgeschlagene Konjektur gehalten werden. Außerdem scheint die Digestenkommission manches geändert zu haben. Auf sie dürfte die Generalklausel zu Beginn des § 8 *ex causa — nam et* zurückzuführen sein, die auch Beseler, 3. 74 für unecht hält. Die Kompilatoren sind offenbar von dem Gedanken ausgegangen, das Anwendungsgebiet der *in integrum restitutio* zu erweitern, wie sich dies klar aus § 11 ergibt. Denn während Ulpian in § 10 nur *iustus error* zu einer Hilfe im Wege Rechtens für hinreichend hält, wird hier sofort daran anschließend ausgesprochen, daß auch *culpa* genüge; nur *dolus* soll sie ausschließen. Daß die Worte *nisi culpa dolo proxima sit* Tribonian zuzuschreiben sind,[1] ist über allen Zweifel erhaben. Der Klassiker kann aber nicht *iustus error* fordern und dann lediglich *dolus* ausschließen. Lenel[2] hat sehr richtig erkannt, daß der ganze § 11 wahrscheinlich „byzantinisches Machwerk" ist. Mit der Tendenz dieser Interpolationen stimmt auch überein der unechte Satz in D. 11, 1, 12, pr.: *sin autem — loco* (o. S. 56 f.). So gereinigt ergeben die Quellen für das klassische Recht folgenden Rechtszustand: vor der *litis contestatio* besteht das Recht des Beklagten, von einer negativen Antwort oder einer Erklärung zu einer niedrigeren als der wahren Quote Erbe zu sein, zurückzutreten;[3] nachher und wahrscheinlich überhaupt im Falle einer positiven Beantwortung der *in iure* gestellten Frage kann nur durch *in integrum restitutio* und auch nur, wenn nicht *minor aetas* vorliegt, im Falle eines *iustus error* Abhilfe geschaffen werden.

Die Verpflichtung des Beklagten zur sofortigen und klaren Beantwortung der *interrogatio* wird unter bestimmten Voraussetzungen gemildert. Hievon sprechen einmal D, 11, 1, 5; 6, pr.:

(Gaius 3. *edict. prov.*) *qui interrogatur, an heres vel quota ex parte heres sit [vel an in potestate habeat eum, cuius nomine noxali iudicio agitur,] ad deliberandum tempus impetrare debet, quia, si perperam confessus fuerit, incommodo adficitur:* (Ulp. 22. *edict.*) *et quia hoc defunctorum interest, ut habeant successores, interest viventium, ne praecipitentur, quamdiu iuste deliberant.*

[1] Vgl. dazu auch Schol. Cyrill. *Ὁ δι' εὔλογον,* wo mit *λάτα κοῦλπα* operiert wird. De Medio, Bull. dell' Ist. 18. 264.

[2] SZ. 38. 284.

[3] Schon daraus geht hervor, daß der Prätor nicht auf jedes offenbar frivole Zurücknehmen der *responsio* Rücksicht nehmen mußte (Demelius, 266); denn die Zurücknahme einer der Wahrheit nicht entsprechenden negativen Antwort erleichtert ja nur die Prozeßführung des Klägers *in iudicio.* Anders wäre dies nur bei Zurücknahme einer positiven Antwort. Vgl. gleich Text.

Der Satz *vel an — agitur* wird als Glossem zu streichen sein. Gaius wird nur von der *interrogatio an vel quota ex parte heres sit* gesprochen haben, wie sich auch Ulpian nur auf diese bezieht. Außer an dieser Stelle werden die *interrogationes* gegenüber dem vermuteten Erben und bei Noxalklagen nur noch in fr. 20, pr. zusammen behandelt und auch die letztere Stelle ist unecht (vgl. o. S. 76, Anm. 1). In Übereinstimmung mit den angeführten Stellen spricht D. 38, 9, 1, 12 (Ulp. 49. *edict.*) von der *interrogatio an heres sit: si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt.* Im anderen Falle kann für die Dauer eines Erbschaftsprozesses auf Grund einer *constitutio* Hadrians ein Zwang auf den *interrogatus* zur Beantwortung der Frage des Klägers überhaupt nicht ausgeübt werden: fr. 6, 1; Ulp. 22. *edict.:*

[Interdum] interrogatus quis, an heres sit, non cogitur respondere, [ut puta] si controversiam hereditatis ab alio patiatur: et ita divus Hadrianus constituit, [ne aut negando se heredem praeiudicet sibi aut dicendo heredem illigetur etiam ablata sibi hereditate].

So ist m. E. der klassische Text herzustellen. Das *interdum* verallgemeinert unjuristisch;[1] mit ihm muß *ut puta* fallen. Eine *constitutio Hadriani* konnte sich doch nicht so unbestimmt ausdrücken. Die Einfügung, wohl Interpolation und nicht Glossem, wird auf das Bestreben der Kompilatoren, Billigkeitsrecht zu schaffen, zurückzuführen sein. Der letzte Satz *ne autem — hereditate* erscheint als begründendes Glossem, verdächtig durch den Subjektswechsel *(Hadrianus — interrogatus)* und das *illigatur,*[2] ohne einen neuen Gedanken zu bringen. Unsere Auffassung wird gestützt durch den Basilikentext: Bas. 42. 4, 6: *Ὁ ζήτησιν ὑπομένων περὶ κλήρου, οὐκ ἀναγκάζεται εἰπεῖν ἑτέρῳ, εἰ κληρονομεῖ,* zu dem freilich Stephanos in Schol. *Ἔσθ᾽ ὅτε* eine Paraphrase des Florentinatextes bietet.

Hinsichtlich der Einreden, die demjenigen zustehen, der eine *interrogatio in iure* bejahend beantwortete, erklärt Paulus 17. *edict.:* D. 11, 1, 12, 1:

Exceptionibus, quae [institutis in iudicio contra reos actionibus] opponuntur, etiam is uti potest, qui ex sua responsione convenitur, [veluti pacti conventi, rei iudicatae et ceteris (Gl. ?)].

Die Entscheidung ist klar und bedarf keiner näheren Begründung. Der Erbe, der die *defensio defuncti* übernimmt, kann dem Kläger auch die dem Erblasser gegen diesen zustehenden Einreden entgegensetzen. Die Kompilatoren scheinen den ursprünglichen Sinn der Worte des Paulus getrübt zu haben. Paulus dürfte darauf hinweisen wollen, daß die Einreden, die dem Erblasser gegen den Kläger zustanden, wie in die ursprüngliche Formel so auch in die durch die *interrogatio* modifizierte Klageformel *(„actio interrogatoria“),* die sich gegen den die Haftung übernehmenden *interrogatus* richtet, aufgenommen werden können.

---

[1] Statt aller Heumann-Seckel, 280.

[2] Vgl. Haymann, SZ. 40. 178, Anm. 1.

Dieser Hinweis ist jedenfalls durch Streichungen und den Einschub des sprachlich unmöglichen Satzes: *institutis — actionibus* (vgl. auch fr. 11, 2; 4) gestört worden.[1]

Wir gehen nunmehr zu jenen Stellen über, die sich mit der *interrogatio qua ex parte heres sit* im speziellen beschäftigen. Es sind dies die §§ 1—3 des fr. 11, D, 11, 1; Ulp. 22. *edict.:*

§ 1. *Si quis, cum heres non esset, interrogatus responderit ex parte heredem esse, sic convenietur, atque si ex ea parte heres esset: [fides enim contra se habebitur.]*

§ 2. *Qui ex quadrante heres vel omnino cum heres non esset responderit se heredem ex asse, in assem [instituta] actione convenietur.*

§ 3. *Si cum esset quis ex semisse heres, dixerit se ex quadrante, mendacii hanc poenam feret, quod in solidum conveni⟨e⟩tur: [non enim debuit mentiri, dum se minoris portionis heredem adseverat. interdum tamen iusta ratione potest opinari esse heredem ex minore parte: quid enim, si nescit sibi partem adcrevisse vel ex incerta parte fuit institutus? cur ei responsum noceat?]*

Die Antwort des *interrogatus* bindet diesen in der bisher besprochenen Weise; dies gilt auch für den Fall, daß er sich als *heres ex parte* bekennt. Darüber handeln die §§ 1—2: so wird gegen den, der überhaupt nicht Erbe ist, sich aber als Teilerbe bekennt, die durch die *responsio* modifizierte Formel *(„actio interrogatoria"; [instituta] actione:* T^{i}: Karlowa, 2. 1177) auf diesen Teil eingestellt. Desgleichen wird sie gegen den Nichterben, der sich als Alleinerbe bekennt, auf den ganzen Betrag der klägerischen Forderung erlassen. Der Grund hiefür ist die durch die Antwort des *interrogatus* ausgedrückte Haftungserklärung auf den bestimmten Teil oder für die ganze Nachlaßschuld. Erfolgt die unwahre Erklärung bewußt, so ist nach Paul. *l. sing. SC. Velleian.* (D. 16, 1, 23) *intercessio privativa* anzunehmen. Geschieht die nicht den Tatsachen entsprechende Beantwortung der Frage unbewußt, so kann der *interrogatus* diese bis zur *litis contestatio* abändern (fr. 11, 12), hat er, bzw., wenn es sich um Bejahung handelt, die Möglichkeit der *in integrum restitutio* (fr. 11, 8; 10). Wenig treffend und daher verdächtig ist die Begründung des Effektes einer unwahren Beantwortung der *interrogatio qua ex parte heres sit* in § 1: *fides — habebitur;* denn nicht, um dem Vertrauensprinzip Durchbruch zu verschaffen, ist diese Haftung begründet, sie ist vielmehr Ausfluß der Erklärung des Befragten, für die Schuld ganz oder teilweise haften zu wollen. Daß nicht in erster Linie die *fides* des Klägers geschützt werden soll, ergibt sich schon aus der dargelegten Möglichkeit der Abänderung einer negativen Antwort und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Abschluß des Verfahrens *in iure.*

[1] So schon Karlowa, RRG. 2. 1177 f.: „In l. 12, § 1, D. eod. tit. . . . . zeigt sich der Gegensatz beider *actiones,* der unveränderten und der interrogatorischen, noch ganz erkennbar, aber auch hier haben ihn Justinians Arbeiten zu verwischen gesucht: die Worte *institutis — actionibus* rühren nicht von Paulus *(sic!)* her." Vgl. auch Demelius, 273; 297.

Häßlich ist in sprachlicher Hinsicht die Ausdrucksweise *fides . . . ei* (!) *contra se* (!) *habebitur.*[1]

§ 3 beschäftigt sich gleichfalls mit einer nicht der Wahrheit entsprechenden Antwort des *interrogatus;* allein hier gibt sich dieser als Erbe zu einem geringeren Teile aus, als er tatsächlich ist. Dem Kläger bleiben zwei Möglichkeiten: entweder die Antwort des *interrogatus* als wahr hinzunehmen und ihn zu dem erklärten Teile zu belangen, oder aber *in iudicio* den Beweis zu erbringen, daß er zu einer höheren als der von ihm *in iure* angegebenen Erbschaftsquote Erbe sei, worauf *condemnatio in solidum* erfolgen mußte.[2] Dies ist die prozeßpolizeiliche Sanktion einer unwahren, auf einen niedrigeren als den wahren Erbteil lautenden Beantwortung der *interrogatio in iure.* Daß der Kläger aber dann *in iudicio* zu beweisen hat, der Beklagte sei zu dem von ihm behaupteten größeren Teile Erbe, bringt Ulpian dadurch zum Ausdruck, daß er im § 3 erklärt: *quod (sc. heres) in solidum conveni⟨e⟩tur:* hier also das Beweisverfahren *in iudicio* eröffnet, während es in § 1, wo der *interrogatus* an seine Antwort in der dargelegten Weise gebunden ist, heißt: *sic convenietur, atque si ex ea parte heres esset,* was auf eine *formula fictitia* hinweist, hier also das Prüfungsrecht des *iudex* ausgeschaltet wird.[3] Die weiteren Ausführungen des § 3 (von *non enim debuit* an) stammen jedenfalls nicht von Ulpian. Daß sie nicht echt sind, hat bereits Beseler, 2. 88, sehr richtig gefühlt. *Non enim — adseverat:* inhaltslos und platt; *dum* (!): Beseler, 3. 71. *Interdum — parte:* der Geistesblitz eines Buchmenschen: kopfschüttelnd bemerkt er, daß Ulpian dies übersehen habe; *iusta ratione!* Das Subjekt des acc. c. inf. *⟨se⟩ heredem esse* fehlt. *Quid enim — institutus:* der Glossator schreitet in seinem Gedankengange weiter; *quid enim si* (!). Unbeantwortete rhetorische Frage. Ebenso *cur — noceat?* Das ist ja gar nicht der Fall; er kann *iusto errore ductus* Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen, auch wenn er seines Irrtums erst nach erfolgter *litis contestatio* innewird. Wenn wir bei einem Kopfe wie Ulpian nicht an Anfälle momentaner Geistesabwesenheit denken wollen, können wir diese Ausführungen unmöglich für echt hinnehmen; Ulpian konnte ja an alledem nicht zweifeln, da er selbst darüber gleich handelt.[4]

Neben den bisher behandelten Hauptfragen sind im Falle der Erbenbefragung *in iure* noch weitere Ergänzungsfragen zulässig. An solchen wird in den Digesten

---

[1] Vgl. zu §§ 1, 2: Bethmann-Hollweg, Versuche, 279; CP. 2. 552; Savigny, System, 7. 28; Rudorff, 2. 277; Demelius, 279; 347; dazu Krüger, a. a. O. 418; Karlowa, 2. 1174; 1177.

[2] Die erfolgte Befragung hatte dann notwendigerweise in der Formel, die *in solidum* abgestellt wurde, Aufnahme zu finden, nach Lenel, Edict.^{2}, 144, in der *praescriptio;* Betti, 403, denkt an eine *fictio* in der *condemnatio.*

[3] Vgl. auch Krüger, a. a. O. 418, gegen Demelius; Lenel, 143; Betti, 403.

[4] Zu fr. 3 vgl. auch Glück, Komm. 11. 261 f.; Bethmann-Hollweg, Versuche, 281; CP. 2. 552; Rudorff, 2. 277; Karlowa, 2. 1179.

einmal die Frage nach dem Delationsgrunde und darüber, ob der Befragte die Erbschaft für sich selbst oder einen seiner Gewalt Unterworfenen angenommen habe, erwähnt: D. 11, 1, 9, 6; Ulp. 22. *edict.:*

Illud quaeritur, an quis cogatur respondere, utrum ex testamento heres sit, et utrum suo nomine ei quaesita sit hereditas an per eos quos suo iure subiectos habet [vel per eum cui heres extitit.] [summatim igitur praetor cognoscere debebit, cum quaeratur, an quis respondere debeat quo iure heres sit, ut, si valde interesse compererit, plenius respondere iubeat, quae obtinere debent non solum in heredibus, sed etiam in honorariis successoribus.]

Die Stelle ist gleichfalls überarbeitet. In gewissem Maße durch die typisch falsche Anknüpfung: *utrum — an — vel* verdächtig ist der Satz *vel per eum — extitit*; vielleicht sind sogar auch die vorhergehenden Ausführungen über die *interrogatio* auf den Berufungsgrund unklassisch.[1] Wie Ulpian die aufgeworfene Frage beantwortete, muß dahingestellt bleiben. Jedenfalls stammt aber der folgende Satz *summatim — iubeat* nicht von ihm. Verdächtig durch die beliebte justinianische Anknüpfung *igitur*[2] bietet der Satz eine Begründung zur Antwort auf die aufgeworfene Frage, die noch gar nicht gegeben wurde. Auch das *summatim*[3] spricht mit seiner verallgemeinernden Tendenz, die hinsichtlich des Institutes der *interrogationes in iure* im Sinne der Kompilatoren gelegen ist, gegen die Echtheit. Aber nicht nur diese beiden Einleitungsworte, sondern der ganze Satz wird zu streichen sein und dürfte an Stelle der klassischen Entscheidung getreten sein. Dafür spräche auch die Unterstreichung der Autorität des Prätors, während doch sonst die Initiative eher in die Hand des Klägers als die des Prätors gelegt ist.[4] Auch der Schlußsatz *quae optinere — successoribus* dürfte, wie sich aus der übrigens nachhinkenden Gleichstellung von *heres* und *bonorum possessor* ergibt, Tribonian zuzuschreiben sein.[5]

Hieher gehören noch die Fragen nach der *restitutio hereditatis* (D. 11, 1, 9, 7) und dem Alter des *interrogatus.*

Fr. 9, 7; Ulp. 22. *edict.: denique Iulianus scribit eum quoque, cui est hereditas restituta, debere in iure interrogatum respondere, an ei hereditas sit restituta.*

---

[1] Vgl. Biondi, Bull. dell' Ist. 30. 245.

[2] Dazu Lenel, SZ. 37. 294, Anm. 2.

[3] Über *summatim cognoscere* jetzt Biondi, a. a. O. 245. [Neuestens H. Krüger, SZ. 45. 66.]

[4] Vgl. zur Stelle Bethmann-Hollweg, Versuche, 277, Anm. 46; CP. 2. 551; Rudorff, 2. 275; Glück, Komm. 11. 240 f.; 286. Abwegig Demelius, 300, der erklärt, daß Ulpian in dem Satze *summatim igitur — iubeat* in einem allgemeinen Ausspruche zusammenfasse, was er in konkreten Entscheidungen niedergelegt habe. Dagegen ist aber zu sagen, daß dieser schon dadurch verdächtige „allgemeine Ausspruch" in § 6 nicht am rechten Platze steht, denn Ulpian fährt im § 7 mit seinen „konkreten Entscheidungen" weiter fort. Vgl. auch ebendort S. 302, wo Demelius die Auffassung zurückweist, daß die §§ 6, 7 anderen Personen als Erbschaftsgläubigern ein Fragerecht einräumten.

[5] Vgl. Biondi, Legittim. process. 17, 38 f.; Bonfante, Istit.[7], 555, Anm. 1.

Fr. 11, pr.; Ulp. 22. *edict.: de aetate quoque interdum interrogatus respondere debebit.*

Fr. 11, pr., macht den Eindruck einer Überarbeitung. Man wird jedenfalls den Ausspruch Ulpians auf den Fall einer *responsio an heres sit* beschränken müssen. Denn es liegt ja, wenn es sich dabei auch nicht um eine Besonderheit des konkreten Falles handelt, im Interesse des Klägers, zu wissen, ob die Person, die ihm antwortete, verpflichtungsfähig sei. In diesem Sinne dürften sich Ulpians Ausführungen bewegt haben, die dann von den Kompilatoren gekürzt und wieder in der juristisch ungenauen Form durch *interdum* verallgemeinert worden sein dürften.[1]

---

[1] Darüber Glück, Komm. 11. 243 f.; Bethmann-Hollweg, CP. 2. 553; Savigny, System, 7. 22; Rudorff, 2. 276; Demelius, 301 f.; Berger, a. a. O. 1726. Für die allgemeine Auslegung besonders Savigny und Glück, der auf C. 2, 42, 3 verweist.

ZUR LEHRE VOM VERMÖGEN NACH RÖMISCHEM RECHT.

VON

*IVO PFAFF.**

Daß der Vermögensbegriff in der Rechtswissenschaft seinerzeit nicht die verdiente Beachtung gefunden hat, wurde schon von Savigny[1] hervorgehoben. Später hat dies eindringlich insbesonders E. I. Bekker[2] mehrmals betont, wiewohl mittlerweile Birkmeyer[3] sich ex professo mit dieser Frage beschäftigt und Zachariä,[4] Pernice[5] und Karlowa[6] — um nur die wichtigste Literatur hier zu nennen — einige einschlägige Fragen gründlich erörtert hatten.[7] Trotzdem konnte M. Fuchs[8] noch kürzlich die Lehre vom Vermögen als „eines der dunkelsten Gebiete" der gesamten juristischen Wissenschaft bezeichnen und Geller[9] hervorheben, „daß über den Inhalt und den Umfang des Vermögensbegriffes in der juristischen wie in der volkswirtschaftlichen Literatur noch heute höchst unklare und verworrene Ansichten herrschen". Bekker wies bei seinen Ausführungen auch auf einige der Folgen hin, welche diese dem Vermögensbegriff widerfahrene geringe Beachtung nach sich gezogen hatte. In dieser Hinsicht hob er hervor: die Zuwendung und ihre causa sei nur dann auf eine feste Grundlage zu stellen, wenn man Bezug nimmt auf die Verhältnisse der berührten Vermögen; weiters werde das idem in der Regel: „bona fides non patitur, ut idem bis exigetur", nur dann verständlich, wenn man von den Beziehungen verschiedener Vermögen ausgehe; und anderes mehr. So bezeichnete es Bekker denn als eine lohnende Aufgabe, „eine systema-

* Dem Verfasser war es leider nicht mehr beschieden, die Korrekturen selbst durchzusehen.

1 System, I, 375.

2 So in Iherings Jahrb. XII, S. 70; Pandekten, I, S. 133ff. und in Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung, S. 5.

3 In seinem Buche: Über das Vermögen im jur. Sinn, Erlangen 1879.

4 Handbuch des französischen Zivilrechts, 8. Aufl., I, S. 267ff.

5 Labeo, I, S. 310ff.

6 Röm. R.-G. II, S. 73ff.

7 Die fundamentale Bedeutung des Vermögensbegriffes für Wirtschaft und Recht betont besonders Berolzheimer, Philosophie des Vermögens (IV. Bd. seines Systems der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie), S. 8, 14 u. a. m. Vgl. auch ebendenselben in Hirths Annalen [1904], S. 441 u. 600.

8 Vermögen und Vermögensverwaltung, Versuch einer Konstruktion der Vermögensbegriffe im heutigen Recht (1911).

9 Persönliches und sachliches Vermögen, im Zentralblatt, 1920, Bd. 38.

tische Darstellung des ganzen Privatrechts zu geben, bei der die Vermögen und ihre Beziehungen zueinander im Vordergrunde stünden, die einzelnen Rechte nur als Glieder der Vermögen in Betracht kämen."

Dabei erwähnt er auch, daß die Rechtswissenschaft wohl vor dem „Notbehelf der juristischen Personen" mit all den bedenklichen Konsequenzen bewahrt geblieben wäre, wenn sie gewohnt gewesen wäre, die Wirkungen der Rechtsgeschäfte auf das Vermögen zu beziehen.[1]

Dieser modernen Verhältnissen und Auffassungen entsprechende Gedanke Bekkers kommt allerdings für das römische Recht, das die Person so sehr in den Vordergrund stellt, selbstverständlich nicht in Betracht. Wo die obligatio „ein persönliches Rechtsverhältnis im vollsten Sinne" ist, da kann sie nicht auch zugleich ein Verhältnis zwischen zwei Vermögen sein; sie kann nur durch die Vermittlung der Person auf das dieser anhängende Vermögen faktisch einwirken.[2]

So interessant eine solche Studie, wie sie Bekker vorschwebt, auch sein müßte, und sosehr sie in manche viel umstrittene Frage neues Licht zu bringen vermöchte — es wäre wohl auch die Frage nach der Haftung des Erben für Deliktsschulden des Erblassers von den Römern anders beantwortet worden, wenn sie den Begriff des Vermögens in den Vordergrund gestellt hätten — so kann hier doch keineswegs ein solch weitgehender Versuch unternommen werden. Nur eine bescheidene Vorfrage aus dem großen Komplex von Fragen, den eine Untersuchung über den Vermögensbegriff zu behandeln hätte, sei hier herausgegriffen, die Frage nach der historischen Entwicklung des Begriffes bei den Römern, und auch diese kann hier nur in großen Umrissen skizziert werden. Eine eingehendere Darstellung muß einem späteren Zeitpunkte vorbehalten bleiben. Daß wir dabei den Begriff des Vermögens im juristischen Sinne und nicht den Begriff, mit welchem die Nationalökonomie operiert,[3] vor Augen haben, sei ausdrücklich betont. Gewiß würden gar manche Mißverständnisse vermieden,

---

1 Gegen die bekanntlich vielverlästerte Institution s. neuestens wieder Kraft, Die Methode der Rechtstheorie in den Schriften von Kant und Fries, S. 147ff.

2 Darüber, daß die Person es ist, die als Mittelpunkt des Vermögens dasselbe zu einer Einheit macht, s. Pfaff und Hofmann, Exkurse, I, S. 136; II, S. 189; 196. Wenn Koeppen, Erbschaft, S. 13ff., 17ff., von einem zwischen den beiden Vermögen bestehenden rechtlichen Verhältnis auch vom Standpunkt des älteren römischen Rechtes spricht (s. auch ebendenselben im System des heutigen röm. Erbrechts, S. 145), so ist dies meines Erachtens gewiß nicht zutreffend. Dawider schon Dworzak in Haimerls Vierteljahrschrift, XI, S. 233.

3 S. Schmoller, Grundriß der allg. Volkswirtschaftslehre, 2. Teil, S. 638; Roscher, Grundlagen, 26. Aufl., § 7; Schäffle, Bau und Leben, III, S. 26ff.; Böhm-Bawerk, Rechte und Verhältnisse, S. 79; Philippovich, Grundriß, S. 37, 184ff.; Adolf Wagner, Lehrb. der pol. Ökonomie, I, 2. Aufl., S. 30ff., der das Vermögen als rein ökonomischen Begriff geschieden wissen will vom Vermögen als geschichtlich-rechtlichen Begriff und dabei betont, daß die Wirtschaftslehre mit beiden Begriffen operiere. S. auch Diehl, Theor. Nationalökonomie, II (1924), S. 38, 40, 270ff.

wenn in beiden Gebieten ein übereinstimmender Vermögensbegriff bestünde; ob dies einmal der Fall sein wird, das steht dahin; Ansätze hiezu sind vorhanden,[1] aber daß dem heute so ist, wie dies Berolzheimer[2] behauptet, will mir doch nicht ganz richtig erscheinen. „Für den Nationalökonomen ist das Vermögen ein Inbegriff von Gütern, eine Summe wirtschaftlicher Mächte, für den Juristen ist es ein Inbegriff rechtlicher Mächte; nur in verkürztem Ausdrucke mag er von Sachen als Vermögensbestandteilen reden; er denkt aber dabei an Eigentums- oder publizianische Rechte."[3] Daß der Unterschied zwischen dem heutigen nationalökonomischen Begriff des Vermögens und dem der Römer aber nicht so groß ist, wie dies Rodbertus[4] behauptet, ist allerdings sicher. Lehrte er doch, daß der Gegensatz von auf freier Arbeit beruhendem persönlichem Vermögen und sächlichem Vermögen den Römern fremd gewesen sei! Das hängt mit seiner Ansicht zusammen, wonach es an freien Arbeitern in Rom so gut wie gefehlt habe, eine Ansicht, die insbesondere von E. Meyer[5] gründlich widerlegt wurde. Was den Begriff des Vermögens im juristischen Sinn anlangt, so sei auf die verschiedentlichen Fassungen verwiesen, die derselbe in unserer Literatur erhält, so bei Savigny,[6] Puchta,[7] Neuner,[8] Unger,[9] Huschke,[10]

---

[1] Dies zeigen die bei den in der vorigen Anmerkung Angeführten gegebenen Definitionen. Über den Standpunkt des Laien, der unter seinem Vermögen nicht die Gesamtheit seiner Rechte, sondern die Gesamtheit der Güter, auf die er Recht hat, ansieht, s. Lenel, Iherings Jahrb. 19, S. 241.

[2] Berolzheimer im 4. Bande seines Systems der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, S. 16, 19, polemisiert dagegen, daß der wirtschaftliche Begriff weiter gefaßt werde als der juristische, und behauptet: „Der ökonomische Begriff des Vermögens und der juristische decken sich in Wahrheit völlig." S. auch Ackermann, Begriff des Vermögens (1913).

[3] Hofmann, Österr. Gerichtszeitung, 1870, Nr. 9; s. auch Zachariä, Handb. d. franz. Zivilrechts, 8. Aufl., bes. v. Crome, I, S. 276. Für das moderne Recht wird diese Auffassung gelegentlich bestritten; so von Thiessen, Person und Vermögen (Dissert. 1910), S. 64ff., der auch vom juristischen Standpunkt aus im Vermögen einen Inbegriff von Gütern und nicht von Rechten erblicken will. Für das römische Recht läßt er jedoch die hier angeführte Ansicht gelten (S. 82).

[4] Hildebrands Jahrbücher, Bd. 4, S. 342ff.

[5] Die wirtschaftliche Entwicklung des Altertums in Jahrb. f. Nat.-Ökon., 1895.

[6] System, I, S. 339.

[7] Vorlesungen über das heutige römische Recht, 4. Aufl., I, S. 75ff. S. auch Rheinisches Museum, III, 302. Wider diese Auffassung s. Schloßmann, Vertrag, S. 235 und gegen Schloßmann, meines Erachtens durchaus zutreffend, Windscheid-Kipp, 8. Aufl., I, S. 153.

[8] Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, S. 90ff., 98.

[9] System, I, S. 80; vgl. auch Leist, Ziv. Studien, I, S. 45.

[10] Rheinisches Museum für Jurisprudenz, VI, S. 272; s. auch Huschke, Serv. Tull., S. 122. Wider diesen Standpunkt der „Wortberauschung" s. schon Lassalle, System der erworb. Rechte, II, S. 405ff. Daß es der Theorie bei den Römern jederzeit widerstrebt hat, „die Selbstentwicklung eines Inbegriffes von Vermögensobjekten anzuerkennen" (Pernice, Labeo, I, S. 380), und daß sie deshalb nach einem fiktiven Rechtssubjekt gesucht hat (Pernice, l. c.), sollte nicht bezweifelt werden.

Mayerfeld,[1] Affolter,[2] Eisele,[3] Bierling,[4] Ackermann,[5] Fischer,[6] Ehrenzweig[7] und andere mehr.

Die Ausdrücke, welche die Römer für das verwenden, was man als Vermögen bezeichnet, sind recht zahlreich und sind aus ihnen wohl kaum sichere Schlüsse zu gewinnen. So werden in den Gesetzen wie in der Literatur folgende Worte verwendet: patrimonium,[8] familia,[9] familia pecuniaque,[10] pecunia,[11] res familiaris,[12] substantia,[13]

---

1 Die Lehre von den Schenkungen, II, S. 4.

2 Das röm. Institutionensystem, S. 377; über Affolter s. Oertmann im Archiv f. bürgl. Recht, 13. Bd.

3 Baseler Rektoratsprogramm, S. 23.

4 Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, II, S. 113.

5 Der Begriff des Vermögens (1913).

6 In der Festschrift für Rosenthal (1913), S 6; s. auch Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., S. 137.

7 System, I 2, S. 427 (6. Aufl.).

8 L. 3, § 2, D. de b. p. 37, 1 u. a. m.; s. hiezu Birkmeyer, a. a. O. S. 293. Zum Begriff auch Bonfante, Istituzione, VII. ed. (1921), p. 31. Gajus identifiziert II, § 102 familia und patrimonium. Vgl. hiezu Ihering, Entwicklungsgesch., S. 82. Zur Bezeichnung des gesamten Vermögens findet sich übrigens auch noch in späterer Zeit dieser Ausdruck, so z. B. l. un. Cod. Theod. 9, 41 u. a. m.

9 Darüber, daß familia in den Zwölftafeln Vermögen bedeutet, s. Ulpian in l. 195, § 1, D. de verb. sign. 50, 16. Vgl. Puntschart, a.a.O. S.382; Wöniger, Das Sakralsystem, S. 203; ferner Rabel in Holtzendorff-Kohlers Enzyklop., 7. Aufl., I, S. 519; Ihering, Entwicklungsgesch., S. 82; Pernice, Labeo, I, S. 311 ff.; Hölder, Beiträge zur Gesch. des röm. Erbrechts, S. 1 ff. Wider letzteren Mitteis, Röm. Privatrecht, S. 79; neuestens Sohm-Mitteis-Wenger, Institution, S. 262. Darüber, daß familia ursprünglich Hausgenossenschaft bedeutet, s. Curtius, Griech. Etymol., 3. Aufl., S. 238; Roßbach. Röm. Ehe, Anm. 42; vgl. auch Voigt, Zwölftafeln, II, S. 6 und R. R.-G. I, S. 114 ff. Daß das Wort familia auch häufig in nicht sächlichem Sinne gebraucht wurde, ist selbstverständlich; so wohl auch in den Verfluchungsformeln beim Eide; z B. Liv. X, 38 (s. auch X, 41): deinde iurare cogebant diro quodam carmine in execrationem capitis familiaeque et stirpis composito, nisi isset in proelium, quo imperatores duxissent.

10 Zum Begriff der familia pecuniaque insbes. Karlowa, R. R.-G. II, 73 ff., 269 ff. Vgl. auch Puntschart, Privatrecht, S. 382; Ferrini, legati e fedecommissi, S. 7 ff. Daß das Vermögen des römischen Bauers ursprünglich wesentlich in Sklaven und Vieh (familia pecuniaque) bestanden hat, ist wohl sicher. Hiezu Mommsen, Röm. Gesch., 9. Aufl., S. 150, und Scheel in Hildebrands Jahrb., VI, S. 336 (dortselbst ältere Literatur), sowie Pernice, Labeo, a. a. O., und Bernhöft in der Zeitschr. f. vergl. R.-W., Bd. 36, S. 99.

11 Zum Beispiel Cicero, Pro Flacco, cap. 35. In l. 5, D. de verb. sign. 50, 16, wird pecunia, im Gegensatz zu res, identifiziert mit patrimonium. Zu pecunia in seiner uralten Bedeutung s. Voigt, R. R.-G. I, S. 213. Voigt, Zwölftafeln, I, S. 705; II, S. 392 ff.; Karlowa, R. R.-G. II, S. 3; Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publ., S. 11.

12 Wie das bei Merguet, Lexikon zu den Schriften Ciceros, verzeichnete Quellenmaterial beweist, herrscht wenigstens bei ihm bezüglich des Ausdruckes res familiaris kein durchgreifender Sprachgebrauch; meist bedeutet es bei ihm Vermögen überhaupt.

13 S. das bei Heumann-Seckel angeführte Quellenmaterial und Birkmeyer, a. a. O. S. 305.

bona,[1] facultates,[2] res,[3] universae res, fortunae,[4] potestas;[5] auch quidquid habeo, omnia mea, census kommen vor[6] u. a. m. Dabei werden, auch in Justinians Zeiten (s. z. B. Nov. 17, c. 12; Nov. 134, c. 13), mitunter in ein und derselben Quellenstelle die verschiedensten Bezeichnungen für den Ausdruck Vermögen verwendet,[7] so daß Pernice[8] behaupten kann, es fehle den Römern für diesen Begriff der bezeichnende Ausdruck. Daß die verschiedenen Bezeichnungen nicht als termini technici erscheinen, die immer nur für einen bestimmten Fall in Anwendung kamen, ist sicher; bald wird der eine, bald der andere Ausdruck verwendet; nur bei familia pecuniaque kann man sagen, daß damit wirklich das gesamte Vermögen gemeint sei und daß dies wohl der älteste Ausdruck gewesen sein dürfte, da er sich bereits in einer oskischen Inschrift für Vermögen vorfindet.[9]

---

[1] Daß das entwickelte Recht den Ausdruck bona für das Vermögen, sowohl die Aktiven als die Passiven umfassend, als auch für das Aktivvermögen allein, gebraucht, ist sicher. Doch ist es nicht richtig, wenn Birkmeyer a. a. O. erst mit der Ausbildung des Begriffes bona das Vermögen als etwas gegenüber der Person Selbständiges angesehen wissen will. Darüber Näheres an anderer Stelle. Der Terminus kommt in Gesetzen mit Sicherheit erst im 2. Jahrhundert vor und ist für keine Art des Vermögens spezifisch, weder bei Juristen noch Nichtjuristen; s. darüber Mitteis, Röm. Privatrecht, I, S. 85.

[2] Hiezu Birkmeyer, a. a. O. S. 324; s. auch l. 60, D. 23. 3; l. 5, § 19, D. 25. 3; l. 16, pr., D. 26, 1, § 3, J. 1. 6.

[3] S. z. B. rem fidemque perdere = Vermögen und Kredit verlieren, bei Plautus, Curc. 504, Truc. 45; Cicero, De re publ. 2, 9, 14; Cicero, Pro Cael. 32, 78. Dazu Otto, Sprichwörter, S. 279; Cicero, De off. II, 73; hiezu E. Meyer, Die wirtsch. Entwicklung des Altertums, S. 731. Über res (im Sing. wie Plural) = Vermögen s. auch das bei Birkmeyer, a. a. O. S. 292 ff., Angeführte sowie die Zwölftafelbestimmung uti legassit suae rei; doch sei die abweichende Lesart bei Kniep, Gaj. inst. comm. secundus, p. 110, 116, 249, hier angeführt. S. auch Test. Dasum., Z. 2. Auch seien die Ausdrücke rem pupilli salvam fore, res uxoria, tuas res tibi habeto gleichfalls erwähnt. Ob bona das Vermögen nach seiner ökonomischen, res dagegen nach seiner juristischen Seite bezeichne, mag dahingestellt bleiben. So Birkmeyer, a. a. O. S. 24.

[4] S. z. B. Test. Dasum., Z. 5, mearum fortunarum ex uncia heres esto.

[5] Hiezu Birkmeyer, S. 326, unter Berufung auf die lex Atinia. Daß potestas dem in bonis habere gleichsteht, beweist Gajus, I, 54. Seitz, Grundlagen einer Gesch. der röm. possessio, S. 262, will auch mit dem Ausdruck manus das Vermögen bezeichnet wissen, und zwar den aus dem Stammesrechte der plebs entlehnten Vermögensbegriff, während unter patrimonium der dem quiritischen Recht der patres entnommene Begriff zu verstehen sei.

Auch im Ausdrucke bonam copiam jurare wird das Wort copia von manchen gleich Vermögen aufgefaßt. Die Literatur hierüber s. bei Kleineidam in der Festschr. für Felix Dahn, S. 13 ff.

[6] S. l. 15 (14), § 8, bis 17 (16), pr. ad Sc. Trebell. 36, 1.

[7] So z. B. l. 2, C. 9, 40 (res und facultates), l. 5, D. 48, 17 (bona und res). S. auch Livius, III, 55, III, 33; Gajus, II, 102; Ulpian, fr., § 14. Vgl. Inst. 2, 22, pr.; l. 120, D. 50, 16 und Nov. 22, c. 2.

[8] Labeo, I, 344 ff.

[9] Pernice, Labeo, I, S. 323. Birkmeyer, a. a. O. S. 142; Mitteis, Röm. Privatrecht, S. 9. Darüber, daß es sich beim Ausdruck familia pecuniaque um den ältesten und umfassendsten Ausdruck für Vermögen handelt, s. Pernice, Labeo, I, S. 223. Vgl. auch

Daß der Ausdruck patrimonium sich auf die Herkunft des Vermögens bezieht, ist klar.[1]

In unserer Literatur wird viel darüber gestritten, welcher Unterschied zwischen familia und pecunia bestand. Ob dieser Unterschied auf urgeschichtliche Gründe zurückzuführen ist (so Ihering und Girard), mag dahingestellt bleiben.[2] Im allgemeinen lehrt man, daß der anfängliche Ausdruck für Vermögen familia gewesen sei, beziehungsweise familia pecuniaque; wo familia allein gebraucht wird, könne angenommen werden, daß er die pecunia mit umfaßt.[3] Schon im Zwölftafelrecht finden sich die beiden Ausdrücke nebeneinander und kann wohl nicht die pecunia auch die familia mit umfaßt haben. Daß „wenigstens in klassischer Zeit die beiden Ausdrücke vicariierend gebraucht werden“ (Mitteis, a. a. O.), ist sicher. Welches aber die frühere Bedeutung von pecunia gewesen, das steht dahin. Jedenfalls ist dieser Ausdruck schon recht frühzeitig für „Vermögen“ verwendet worden; das beweist die Zusammenfassung von pecunia und tutela in den Zwölftafeln.[4] Aus unserer Literatur seien hier einige der wichtigeren Auffassungen über das Verhältnis von familia und pecunia angeführt. Während Girard[5] beide Ausdrücke schon für die Zwölftafeln als gleichbedeutend erklärt, will Puchta[6] unter pecunia die Forderungen verstanden wissen;[7] andere sehen dagegen in der pecunia die res nec mancipi, im Gegensatz zu familia als den res mancipi; so Kuntze,[8] Ihering,[9] Karlowa,[10] Cuq,[11] Mitteis,[12] P. M. Meyer,[13]

Birkmeyer, a. a. O. S. 6 u. 142; s. Cicero, De leg. 3, 3. Nicht technisch ist die Verbindung wohl bei Gellius, N. A. I. 9, 12, gebraucht.

[1] Was die griechische Volkssprache anlangt, so bedeutet *οὐσία* noch in römischer Zeit die Gesamtmasse des Vermögens. Später wird hierfür *χρήματα* gebraucht. Hiezu Hirzel in Philologus, Bd. 72, S. 61 ff. Über die sonstige Bedeutung von *οὐσία* s. ebendenselben a. a. O., auch Voigt, Die technische Produktion usw. in Abh. der phil.-hist. Klasse der königl. sächs. Ges. d. W. XI., S. 612.

[2] S. auch Mayr, Entwicklungen und Rückschläge, S. 17.

[3] Mitteis, Röm. Privatrecht, S. 80.

[4] Belegstellen hiefür bei M. Voigt, Zwölftafeln, I., S. 348 ff. u. II., S. 362; ebenderselbe, Jus natur. II, Anm. 152 u. III, S. 709. S. auch Endemann, Die nationalökonom. Grundsätze der kanon. Lehre, in Hildebrands Jahrb. I, S. 331 ff.; Voigt, Zwölftafeln, I, S. 705, II, S. 392 ff.; Karlowa, R. R.-G. II, 3; Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publicae, S. 11, Anm. 3. Cf. Cicero, De leg. II, 19.; Wlassak, Sav.-Zeitschr. 31, S. 204, läßt es dahingestellt sein, welche Bedeutung hier diesem Ausdruck zukomme.

[5] Gesch. u. System des röm. Rechts (Deutsch von R. v. Mayr), I, 275.

[6] Institutionen.

[7] Dawider sprechen eine Reihe von Gründen; s. Birkmeyer, a. a. O. S. 7.

[8] Exkurse, S. 91; Cursus, § 58 ff., 83, 89; Gegen Kuntzes Auffassung s. Voigt, Zwölftafeln, II, 349.

[9] Entwicklungsgeschichte, S. 81 ff.

[10] R. R.-G. II, 358 ff. u. II, § 73 ff.

[11] Les institutions juridiques, I, 891.

[12] Röm. Privatrecht, S. 87.

[13] Zeitschr. f. vergl. R.-W., Bd. 35, S. 90.

Kuhlenbeck.[1] Über die verschiedenen Ansichten betreffs der res mancipi und nec mancipi sei auf die gangbaren Lehrbücher verwiesen.[2]

Jörs[3] faßt familia als das Vermögen in seiner Gesamtheit, pecunia dagegen wie Birkmeyer, a. a. O. S. 300, als die einzelnen Bestandteile auf; Leonhard[4] vermutet, daß sich familia ursprünglich auf den Grundbesitz bezogen habe, pecunia dagegen auf das bewegliche Vermögen und denkt dabei an den Unterschied von Erbgut und persönlichem Vermögen. Wieder andere fassen familia pecuniaque als „Sklaven- und Viehstand" auf, wobei sie jedoch davon ausgehen, daß hiemit die, damals wesentlichen, Vermögensbestandteile bezeichnet werden sollen. So Lange,[5] Leist,[6] Rudorff,[7] Pernice,[8] Mommsen,[9] Kübler,[10] v. Mayr,[11] Weiß,[12] Partsch,[13] eine Auffassung, die wohl als zutreffend bezeichnet werden kann. Wir wollen jedoch die Frage hier bloß verzeichnen, ohne sie einer Untersuchung zu unterziehen; eine solche findet sich bei Karlowa.[14] Einigkeit besteht dagegen, soviel ich die Literatur der Neueren zu übersehen vermag, in dem Punkt, daß ursprünglich bloß ein Inbegriff von körperlichen Sachen als Vermögen angesehen wurde; so Karlowa,[15] Pernice,[16] Birkmeyer,[17] Jörs.[18] Darüber weiter unten des näheren.

1 Entwicklungsgeschichte, II, S. 128.

2 Die älteren Auffassungen verzeichnet Danz, Rechtsgesch., I, S. 207—215; s. ferner Bekker, Aktionen, I, S. 32; Ihering, Geist, I, 112; Karlowa, Röm. Zivilprozeß, S. 37 ff.; Bechmann, Kauf, I, S. 145 ff.; Krüger, Cap. dem., S. 112 ff. Neuerdings Bonfante, Bull. dell' Ist. VIII, 296 ff. (darüber Krüger, Sav.-Zeitschr. 12, S. 162) und ebendenselben, Istituzioni di diritto Romano, S. 236.

Gegen die Auffassung der familia, bzw. pecunia als res mancipi und res nec mancipi s. Voigt, Jus natur. IV, 561 ff.; Zwölftafeln, II, § 84; R. R.-G. I, S. 428 ff.; ferner R. v. Mayr, R. R.-G. I.2, S. 38 ff.; Girard, Manuel, I, S. 274 ff.

Über die Auffassung, welche Bachofen vorschwebte, wonach die res mancipi der Grundstock des Vermögens gewesen, während die Erträgnisse als res nec mancipi angesehen wurden, s. Zeitschr. f. vergl. R.-W., 34. Bd., S. 341. Die Frage, seit wann die Klassifikation aufgestellt wurde, ob dieser Gegensatz von alters her bestand oder erst späteren Datums ist, mag dahingestellt bleiben. S. hiezu Voigt, a. a. O.

3 In Birkmeyers Enzyklopädie, §. 121.

4 In Pauly-Wissowa, Art. Familia.

5 Röm. Altertümer, I, S. 85.

6 Ziv. Studien, IV, S. 119.

7 Das Recht der Vormundschaft, I, § 24.

8 A. a. O.

9 Röm. Staatsrecht, III, S. 22.

10 Bei Pauly-Wissowa, VII, 1180.

11 R. R.-G. I.2, S. 35.

12 Sav.-Zeitschr. 42, S. 107 ff.; ebenderselbe, Griech. Privatrecht, S. 148.

13 Abh. der sächs. Ak. d. W., 32. Bd. (1920), 740[2].

14 R. R.-G. II, S. 73 ff.

15 R. R.-G. II, S. 900.

16 Labeo, I, S. 301.

17 A. a. O. S. 11.

18 In Birkmeyers Enzyklop., § 3. Vgl. auch § 121 und Girard-Mayr, II, S. 715.

Drei Fragen sind es, die in der historischen Entwicklung des Vermögensbegriffes umstritten sind und über die ich hier in aller Kürze eine vorläufige Übersicht geben möchte; einmal die Frage, wann der Vermögensbegriff als ein selbständiger Begriff auftauchte und welches sein Ausgangspunkt sei, zum andern, ob der Vermögensbegriff bei den Römern ein einheitlicher gewesen sei, und endlich, aus welchen Bestandteilen sich das Vermögen zusammensetze.

1. Die Frage, von welchem Zeitpunkt an man bei den Römern von einem selbständigen Vermögensbegriff sprechen kann, ist in unserer Literatur lebhaft bestritten.[1] Bedenkt man, daß von Haus aus das Vermögen als Adnex[2] der Person erschien[3] und daß die Ansicht, ein Vermögen ohne Person könne nicht existieren, lange fortbestand, so ist es klar, daß alle Versuche, einen bestimmten Termin für die Selbständigkeit des Vermögensbegriffes festsetzen zu wollen, auf größte Schwierigkeiten stoßen müssen. Kuntze[4] will die Loslösung des Vermögens von der Person und damit die Selbständigkeit des Vermögensbegriffes in die Zeit von den Zwölftafeln bis zum ersten Punischen Krieg versetzen; Birkmeyers[5] Ansicht nach ist es die lex Poetelia gewesen, durch deren Bestimmung (Liv. VIII, 28: pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset) das Vermögen prinzipiell selbständig gemacht wurde,[6] zur

---

[1] Dabei ist hier nicht an „Selbständigkeit" in dem Sinne gedacht, daß der Träger des Vermögens weggefallen sei, wie dies z. B. im Falle der hereditas jacens zutrifft.

[2] „Ursprünglich ist alles Recht Personenrecht . . . Eigentum als selbständiges Recht gibt es noch nicht. Das Selbständigwerden des Eigentums ist der größte Fortschritt in der Rechtsgeschichte" (Sohm, Archiv f. bürgl. R. 28. Bd.). „Die Person des pater familias absorbiert alles, was in ihren Rechtskreis gelangt, daher bleibt in Rom der Vermögensbegriff in dem Personenrechte beschlossen." Schreuer, Deutsches Privatrecht, S. 102. Darüber, daß etymologisch und sprachwissenschaftlich der Vermögensbegriff stets die Beziehung auf ein Subjekt in sich schließt, s. Bierling, Zur Kritik der jur. Grundbegriffe, II, S. 113. S. auch Unger, Bunte Betrachtungen und Bemerkungen.

[3] „Die Wahrheit ist, daß im älteren Recht nur die Person des Schuldners, wiewohl mit allen Accessionen ihres suum jus, wohin auch das Vermögen gehört, und niemals das Vermögen unmittelbar Gegenstand der Verhaftung des Schuldners war . . ." Huschke, Nexum, S. 82; s. auch Birkmeyer, a. a. O. S. 6, 36. Auch nach griechischem Recht haftete der Schuldner mit seiner Person und seiner Habe, während nach ägyptischem Recht ersteres nicht der Fall war. (S. Wessely, Agoranomen, S. 88.) Über die historische Entwicklung des Exekutionsrechts von der Zwölftafelzeit bis auf Diokletian s. insbesonders M. Voigt, Verhandlungsberichte der königl. sächs. Ges. d. W., hist.-phil. Kl., 33, 76ff.

[4] Exkurse, S. 91; Kursus, § 56ff.

[5] A. a. O., zur Liviusstelle, welche den Worten nach die Personalexekution zu beseitigen scheint, Kleineidam in der Festschr. f. Dahn, S. 7ff. Daß aber durch die lex Poetelia dieser Erfolg nicht herbeigeführt wurde, sondern bloß eine Erleichterung der Personalhaft eintrat, darüber besteht kein Zweifel. Vgl. Mommsen, Sav.-Zeitschr. 23, S. 348ff. (Ges. Schr. III, 130.) Über die Unrichtigkeiten der älteren Lehre s. Kleineidam, a. a. O. S. 20ff.

[6] S. übrigens schon Münderloh (1876). Über die ältere Exekution und Prädiatur, Zeitschr. f. R.-G., 12. Bd., S. 203. „. . . war es Aufgabe der l. Poetelia . . . das Institut des Verkaufes durch Auflösung des Verbandes zwischen Person und Vermögen zu reformieren." Über die Bedeutung der l. Poetelia, insbesondere auch in der Geschichte der

Zeit der Zwölftafeln habe dieser Begriff als selbständiger Begriff noch nicht existiert; wider diese Auffassung schon Savigny, Über das altrömische Schuldrecht, der lehrt, daß man sich vor der lex Poetelia an die Person oder das Vermögen halten konnte, nach der lex Poetelia aber nur noch an das Vermögen; während nach E. Hoffmann[1] beim Census schon von alters her Person und Vermögen gesondert wurden. Bekker[2] läßt den Vermögensbegriff mit dem Aufkommen der Realexekution sich entwickeln; letztere Auffassung hat wohl schon das eine gegen sich, daß jede Realexekution bereits einen selbständigen Vermögensbegriff, der nicht mehr an der Person klebt, voraussetzt. Aber auch das darf wohl mit Sicherheit behauptet werden, daß der Vermögensbegriff nicht erst mit dem Aufkommen des Begriffes „bona" Selbständigkeit gegenüber der Person erlangt hat, wie dies Birkmeyer Wort haben will. Denn schon viel früher finden wir den engen Zusammenhang zwischen Person und Vermögen in dem Sinne wenigstens gelockert, als beide gesonderte Wege gehen konnten. So verfällt nach der zweiten lex Valeria (Liv. III., 55) das caput dem Jupiter, die familia aber der Ceres: caput Jovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris. Vgl. auch Liv. III., 33: caput Jovi consecratum esset, bonaque ejus ad aedem Cereris venum irent, während in ältester Zeit zwischen caput und familia nicht geschieden wurde, vielmehr ersteres letzteres mit umfaßte (darüber Huschke, Nexum, S. 86, 88). Sacrando cum bonis capite ejus, qui regni occupandi consilium inisset (Dion. V, 19; Liv. II, 8).[3] Wenn Karlowa[4] betreffs der consecratio capitis in den im Text angeführten Stellen den Standpunkt vertritt, es sei auch die familia pecunia des homo sacer von jeher der Gottheit zugefallen und es erklärten sich die erwähnten Fälle daraus, daß hier mehrere Gottheiten verletzt worden seien, weshalb ausgesprochen werden müßte, wem das Haupt und wem die Familie zugute kommen solle, so beweist auch diese gewiß ansprechende Vermutung denn doch auf das entschiedenste, daß bereits damals eine Trennung von Person und Vermögen möglich gewesen war und widerspricht hierin Birkmeyers These.[5] Vielleicht kann auch der Fall incensus dafür angeführt werden, daß die Möglichkeit relativ früh bestand, viel früher, als der prätorische Begriff der bona aufgekommen war,

---

Entwicklung des Obligationsbegriffes, s. Kuntze, Die Obligatio, S. 27 ff. Zur lex Poetelia neuestens Partsch, Demot. Bürgschaftsrecht, S. 569; zur Geschichte der Personalexekution Woeß, Sav.-Zeitschr., R.-A., 43. Bd.

1 Über forctes und sanates in der Zeitschr. f. österr. Gymnasien, 17. Jahrg. (1866), S. 600 ff.

2 Pandekten, S. 133 ff.; s. auch Affolter, Institutionensystem, S. 376.

3 Vgl. hiezu Voigt, Über die leges regiae, Abh. der hist. Kl. der königl. sächs. Ges. der W. 7, 19 ff., 48 ff., 73 ff. Auch der Amtseid der Magistrate ist hier zu erwähnen . . . exploravitque verba, quibus caput suum, domum suam, si sciens fefellisset, deorum ira consecret. Vgl. Livius, XXIII, 53, 11: si sciens fallo, tum me Juppiter O. M. domum familiam remque meam pessimo leto adficiat.

4 R. R. G. II, S. 12 ff. S. auch Rein, Röm. Kriminalrecht, S. 35.

5 S. übrigens auch Karlowa, a. a. O. II, S. 960.

daß das Vermögen nicht als notwendiger Adnex der Person angesehen werden mußte. Wer sich dolos dem Census entzog,[1] wurde nach einer lex des Servius Tullius (Liv. I., 44) mit dem Tode bestraft (vgl. Dion. IV., 15).[2] Damit verfiel auch, als ein Adnex seiner Person, sein Hab und Gut. Im Anfang der republikanischen Zeit wurde der incensus in die Sklaverei verkauft, sein Vermögen fiel an den Staat.[3] Hier wurde nun die Frage aufgeworfen, ob der Verfall, bzw. Verkauf des Vermögens an den bonorum sector als Konsequenz des Verkaufes der Person erscheint oder ob hier bereits die Trennung des Vermögens als etwas von der Person Selbständiges erfolgt sei. Für letzteres beruft sich Hoffmann[4] darauf, „daß der Consul über den incensus die Strafe der infrequentia verhängte, und ihn trans Tiberim verkaufte, der Censor dagegen das nicht censierte Vermögen straft, indem er es zum Besten des Staates verkauft". Wenn Hoffmann darin die Sonderung beider voneinander als allgemeines Prinzip ausgesprochen wissen will, so mag dies immerhin zweifelhaft erscheinen; daß aber der Census zu dieser allgemeinen Sonderung von Person und Vermögen das seinige beigetragen hat, das ist wohl nicht in Abrede zu stellen und war auch von Kuntze[5] zugegeben, der Hoffmanns Ansicht sonst nicht teilt. Im übrigen darf vielleicht für die frühe Verselbständigung des Vermögens auch der Fall der sacra (s. unten) herangezogen werden.

Innerhalb der Frage nach der Selbständigkeit des Vermögens ist die Frage nach dem Ausgangspunkte desselben aufgeworfen worden. Pernice hält es für möglich, daß der Vermögensbegriff eigentlich bloß für die Frage der Universalsukzession seine Gestaltung erfahren habe,[6] und denkt dabei an den Fall der Beerbung.[7] Nach Bekker[8] sind Obligation und Erbrecht als Ausgangspunkte anzusehen; letzteres habe veranlaßt, dem Begriffe „festere Gestalt zu geben". Auch Köppen,[9] Zachariä[10] und Franz Hofmann (Zur Lehre vom beneficium inventarii) sprechen sich in dem Sinne aus, daß die Entwicklung des Vermögensbegriffes, abgesehen vom Erbrecht, in nächster Verbindung mit der Entwicklung des Obligationenrechtes stehe. Was die Auswirkung der Obli-

---

[1] Ob auch denjenigen die Strafe des incensus traf, der sein Vermögen bloß unrichtig angab, wie dies Hegewisch, Hist. Versuch über die röm. Finanzen (1864), behauptet, ist bestritten.

[2] Darüber, daß diese Strafe zu Dionysius' Zeit nicht mehr in praktischer Geltung gestanden, s. Huschke, Serv. Tull., S. 574.

[3] Zur Lehre vom incensus s. auch Pernice, Parerga, I. (Sav.-Zeitschr., R.-A., Bd. 5, S. 10ff.), und den Artikel bei Pauly-Wissowa, woselbst weitere Literatur verzeichnet.

[4] Zeitschr. f. österr. Gymnasien, 17. Bd., S. 600ff.

[5] Kursus, I, § 119.

[6] Labeo, I, S. 330, 346 und Krit. Vierteljahrschr. 22, S. 266.

[7] Neuner, Wesen, S. 93, läßt dagegen den Begriff des ideellen Vermögens die Universalsukzession ermöglichen, steht also auf dem entgegengesetzten Standpunkt.

[8] Pandekten, I, 134ff.

[9] Erbschaft, S. 16; System des Erbrechts, S. 246ff.

[10] Handb. des franz. Zivilrechts, 8. Aufl., I, S. 313.

gation in unserer Frage anlangt, darf dabei allerdings auch nicht vergessen werden, „daß sich die Obligationen sehr verschieden zu dem Vermögen des Schuldners verhalten können. Anders die Verpflichtung zu einem facere, da die noch nicht getane Arbeit in gar keinem Vermögen sich befindet; anders die Restitutionspflicht in bezug auf eine fremde, nicht einmal in des Schuldners Besitz übergegangene Sache, anders die Darlehensschuld, wieder anders die Pflicht zur Auszahlung eines Vermächtnisses usw." (Hofmann, Entstehungsgründe der Obligationen, S. 13). Vgl. auch Krüger, Cap. dem., S. 286ff. Daß die Universalsukzession, vorzüglich repräsentiert durch die Beerbung, nicht der ausschließliche Ausgangspunkt für den Vermögensbegriff gewesen, ist klar, wenn sie auch, wie die Entwicklungsgeschichte zeigt, von weittragender Bedeutung gewesen. Auch die Besteuerung, die Vermögenskonfiskationen, die Schenkung, peculium, dos, Kollation u. a. m. haben hier mitgewirkt, wie ich an anderer Stelle im einzelnen ausführen möchte; auch der Dolusbegriff kommt für diese Frage nach der Entwicklung des Vermögensbegriffes in Betracht, und zwar schon zu einer Zeit, da der Gegensatz zwischen quiritischem und prätorischem Eigentum aufgekommen war. Mitteis hat in seinem, vielfach neue und grundlegende Ergebnisse enthaltenden Werke „Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians", S. 316f., den Gedanken quellenmäßig erhärtet, es habe der Ausdruck dolus, der seit dem 6. Jahrhundert der Stadt „die bewußte Rechtswidrigkeit schlechthin" bezeichnete, „dadurch, daß er zum Gegensatz der bona fides wird", eine noch größere Ausdehnung erfahren. „In dieser Antithese bedeutet dann dolus nicht mehr die Verletzung konkreter Gesetze oder subjektiver Rechte, sondern jedes Verhalten, welches dem abstrakten Prinzip von Treue und Redlichkeit widerspricht." Was nun die Einwirkung des Dolusbegriffes anlangt, so sei hier z. B. auf den Fall der exceptio rei venditae et traditae verwiesen. Nach Zivilrecht war der tradierende quiritische Eigentümer noch immer Eigentümer geblieben und hätte die rei vindicatio mit Erfolg anstellen können. Unter Einwirkung des Dolusbegriffes in dem oben charakterisierten Sinne bildete sich aber die Erkenntnis, daß etwas im Vermögen sein könne, das nicht im Eigentum des Betreffenden stehen muß,[1] mag es sich auch um körperliche Sachen handeln.[2]

Wenn man die Universalsukzession, insbesondere den Fall der Beerbung als für die Entwicklung des Vermögensbegriffes ausschließlich bedeutsam erachtet hat, hängt dies vielleicht auch damit zusammen, daß man aus ihr die Haftung der Erben für die Verbindlichkeiten des Erblassers erklären wollte. Daß man aber nicht Universalsukzessor zu sein braucht und doch für Verbindlichkeiten

---

1 S. hiezu schon Zimmern im Rhein. Museum für Jurisprudenz, 3. Jahrg., Heft 3, S. 322 u. 325.

2 Fälle, wie der in l. 63, pr.; § 7, D. pro socio, 17, 2, erwähnte, wonach dem wirklichen Bestande des Vermögens auch das zugerechnet wird, was durch den dolus des Schuldners aus seinem Vermögen gekommen ist, können hier unberücksichtigt bleiben.

des Erblassers aufkommen muß, zeigt uns u. a. der Fall der sacra, den Cicero, De leg. II., 19—21, bespricht. In diesem Falle konnte, wenn keine hereditas oder bonorum possessio eintrat, auch der Legatar zu den sacra verpflichtet sein, ja nach der neueren Theorie sollte „auch trotz Eintretens von Zivilerbschaft . . . durch den bloßen Vermögenserwerb von gewissem Umfang dem Legatar ebenso gut wie dem Erben und neben diesem die Verpflichtung auferlegt sein“.[1] Das zeigt schon die ältere Theorie, bezüglich deren Cicero uns sagt: Nam illi quidem his verbis docebant: tribus modis sacris adstringi: hereditate, aut si majorem partem pecuniae capiat, aut si major pars pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit. Die sacra lasten auf dem Vermögen auch dann — wenigstens nach Pernices Ansicht —, wenn sie vom Erben getragen werden. Auf der gleichen Anschauung beruht es, daß auch die Begräbniskosten als Vermögenslast behandelt werden (Pernice, Sakralrecht, II, S. 1200).

2. Wenn man die Frage aufwirft, ob der Vermögensbegriff bei den Römern ein einheitlicher gewesen, so kann man dabei an verschiedene Dinge denken. Man kann die Bifurkation im Auge haben, die sich in alter Zeit in dem Unterschied zwischen familia und pecunia äußerte, wobei man allerdings nicht vergessen darf, daß beide Begriffe gelegentlich zur Einheit der familia pecuniaque zusammengefaßt wurden. Man kann an den Gegensatz zwischen quiritischem und prätorischem Recht, der sich ja auch in der Entwicklung unseres Begriffes geäußert hat, denken, und man kann endlich — von anderem abgesehen[2] — auch daran denken, daß für das römische Recht die Schulden bald als Bestand-

[1] S. hiezu Savigny, Vermischte Schriften, I, 157; Lassalle, System, II, 40ff.; Leist in Glücks Pandekten, I, 173ff.; Hölder, Beiträge zur Gesch. des röm. Erbrechts, S. 137ff.; Pernice, Sakralrecht, II, 1198.

[2] Abgesehen sei hier insbesondere auch davon, daß es die Einheitlichkeit des Subjektes der Vermögensrechte ist, was die einzelnen Werte zur Einheit des Vermögens verbindet. Diese allgemein herrschende Auffassung wird von Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht, II, S. 11, mit Rücksicht darauf bestritten, daß seines Erachtens der Vermögensbegriff zunächst dem wirtschaftlichen Gebiet angehört „und seine ökonomische Grundbedeutung auch da nicht verliert, wo er auf das Rechts-, speziell auf das Privatrechtsgebiet herüberwirkt, beziehungsweise herübergezogen wird.“ „Am sichersten und vollkommensten gehören nun freilich Werte dem ökonomischen Machtkreis eines Individuums an und bilden in ihrer Gesamtheit solchen, wenn das Individuum das Subjekt der Rechte ist, zu denen sich unter Einwirkung des Privatrechts jene Werte gestalten; insofern erscheint denn auch die herkömmliche Bestimmung des Vermögensbegriffes, die in der Einheitlichkeit des Subjektes der verschiedenen Rechte das maßgebende Moment sieht, als berechtigt. Aber jene Form der Verbindung von Werten mit einem Individuum ist nicht die einzig mögliche. Es ist möglich, daß Werte, die sich zu Rechten eines bestimmten Subjektes gestaltet haben, für ein anderes Individuum und dessen Zwecke tatsächlich benutzt und gebraucht werden . . .“ „Wenn die Aneignung und Verwendung nicht im Widerspruche mit dem Rechte, namentlich wenn sie mit Einwilligung des berechtigten Subjektes geschieht, unter dieser Voraussetzung ist es wenigstens möglich, daß sich die betreffenden Werte tatsächlich zu einem Vermögen des nicht berechtigten Individuums gestalten.“

teile des Vermögens,[1] bald aber als Lasten, die auf demselben ruhen, erscheinen. Die in der Literatur erörterte Frage, ob das Vermögen als Einheit oder als Komplex aufzufassen sei, sei hier gleichfalls erwähnt. Für erstere Auffassung Neuner, Wesen, S. 51. Windscheid, Pandekten, I., S. 42; Kohler, Archiv f. bürgl. R., 22. Bd., S. 1 ff.; Fuchs, Der Vermögensbegriff, S. 23 f. (woselbst auch weitere Literatur); für letztere insbes. Brinz, Pandekten, 1. Aufl., S. 150 ff.; Bekker, Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 17; ebenderselbe in Iherings Jahrbuch, Bd. 12, S. 129; Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz, S. 14; 27. S. auch Anm. 1, S. 100.

Wenn Neuner[2] und ihm folgend Birkmeyer[3] den Gedanken äußerten, es könne in jeder Rechtsordnung nur einen Begriff von Vermögen geben, es sei unmöglich, daß „im Munde gleichzeitiger oder gar derselben Juristen des nämlichen Volkes zwei völlig entgegengesetzte juristische Begriffe vom Vermögen existieren,“ so ist dies meines Erachtens gewiß nicht zutreffend.[4] Warum sollte auch das, was beim Begriff der alienatio zutrifft, nämlich, daß einst, wie heute, verschiedene Gesetze eines und desselben Volkes verschiedenes darunter verstehen, beim Vermögensbegriff unmöglich sein?[5] Warum sollte nicht — um ein krasses Beispiel zu wählen — das römische Erbrecht von einem andern Vermögensbegriff ausgehen als etwa das römische Besteuerungsrecht,[6] das doch auch einen Begriff „Vermögen“ kennt? Nur weil Birkmeyer von der Idee ausgeht, „der ursprünglich rein prätorische Begriff der bona sei hinfort ganz gleichmäßig von den Organen des Zivilrechts wie vom Prätor verwertet worden“, es sei also durch den Prätor erst ein Vermögensrechtssystem geschaffen worden, das in der Folge als Vermögensrechtssystem des ganzen Zivilrechts galt, gelangt er zu der Auffassung von einem allgemein gültigen Vermögensbegriff, der keinen zweiten neben sich duldete. Doch auch für das Privatrecht trifft Birkmeyers These nicht zu, wie sich dies aus den folgenden Ausführungen über die Zu-

---

[1] Die Auffassung, daß die Schulden als Bestandteile des Vermögens erscheinen, vertreten in unserer Literatur schon die Glossatoren. S. hiezu Windscheid, Pandekten, I, § 42; Karlowa, R. R.-G. II, 15; Bekker, Zeitschr. f. R.-G. III, 439; Zachariä, Handbuch, 8. Aufl., I, 315.

[2] A. a. O. S. 90.

[3] A. a. O. S. 167 u. passim.

[4] Für das moderne Recht s. die Bemerkungen bei Binder in der Anzeige von Sohms Gegenstand, Zeitschr. f. Handelsrecht, 59, S. 25.

Neuner denkt dabei allerdings von seinem Standpunkt (Vermögen = Vermögensfähigkeit) zum Teil an anderes als Birkmeyer. Die Polemik wendet sich im folgenden in erster Linie gegen Birkmeyer. S. übrigens schon Hölder, Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 24, S. 609 ff.

[5] S. aus neuerer Zeit Wlassak, Sav.-Zeitschr., R.-A., Bd. 31, S. 312 ff.

[6] Bei der Besteuerung kam ursprünglich bloß der Grundbesitz in Betracht, obwohl niemand bezweifeln wird, daß damals — wofern es sich um die Beerbung handelte — auch die Mobilien zum Vermögen gezählt wurden. Andererseits sei auch darauf verwiesen, daß etwas zum Vermögen des A gehören kann, ohne zu seinem Nachlasse zu gehören.

sammensetzung des Vermögens zu verschiedenen Zeiten und für verschiedene Fälle ergeben dürfte. Wenn Birkmeyer in seinem Buche besonders betont, daß der Ausdruck „Vermögen" nicht einmal in einem weiteren, zum andern in einem engeren Sinne gebraucht werden könne, daß einmal bloß das Aktivvermögen darunter verstanden werde und ein andermal der Begriff auch die Schulden mit umfasse, so ist die Unrichtigkeit dieser Ansicht schon von einigen Kritikern des Birkmeyerschen Buches hervorgehoben worden und sei an dieser Stelle bloß auf die diesbezüglichen Bemerkungen verwiesen.[1]

Wie eng unter Umständen der Begriff gefaßt sein konnte, zeigt uns für die ältere Zeit der Fall des Census; denn hier — allerdings handelt es sich um Staatsrecht[2] — kam nur das in Betracht, was censui censendo war, d. h. das, was dem römischen Bürger ex jure Quiritium gehörte,[3] und doch will mit der Besteuerung das Vermögen als solches getroffen werden, zuvörderst allerdings bloß das Vermögen an Grund und Boden[4] und erst später, doch ziemlich früh,[5] die gesamte Habe.[6] Doch ist dies nur so zu verstehen, daß bloß jene Dinge in Anschlag zu bringen waren, die nach damaliger Ansicht im quiritischen Eigentum des Bürgers standen. Als solche Objekte werden uns

---

1 So von Mandry, Arch. f. d. ziv. Praxis, 62, S. 361ff.; Hölder, Zeitschr. f. Handelsrecht, 24, S. 609ff.; Pernice, Krit. Vierteljahrschr., 22, S. 232ff.

2 Über die Verschiedenheit der ebenbürtig nebeneinander bestehenden Rechtssysteme, des jus publicum, privatum und sacrum s. Pernice, Parerga, I, Sav.-Zeitschr., R.-A., Bd. V, S. 2f.

3 S. Puchta, Inst. II, § 193: „Dahin gehören nur die Güter, die dem Bürger ex jure quiritium zustanden . . . ausgeschlossen waren die nicht quiritischen Rechte an Sachen, sodann die Obligationen, sowohl Forderungen als Schulden." Cf. Huschke, Census, S. 127: ebendenselben, Serv. Tull., S. 558; Mommsen-Marquardt, Bd. 5, S. 166. Zur Geschichte der Zensur neuestens Lenze, Zur Gesch. der Zensur, 1912. S. auch Weber, Röm. Agrargesch., S. 66.

4 Zu den Verhältnissen der ältesten Zeit s. Huschke in Richters u. Schneiders Krit. Jahrb., Bd. 18, S. 617 und ebendenselben, Servius Tullius, S. 558ff. Vgl. auch Bekker, Handb. der röm. Altertümer, II 2, S. 203. Zur zensorischen Besteuerung speziell Pernice, Parerga, I, Sav.-Zeitschr., R.-A., 5. Bd., S. 9ff. S. auch Mommsen, Röm. Gesch., 9. Aufl., I, S. 92.

5 Mommsen, Röm. Staatsrecht, II, S. 359.

6 „Die Geldeinschätzung machte es dann aber möglich, auch das Vermögen, welches nicht in Grundbesitz oder nur in Parzellen von nicht katasterfähiger Größe bestand, nach dem gleichen Maßstab zu besteuern." „Diese letztere Besteuerungsart, welche also eine wirkliche Vermögenssteuer enthielt, hat sich aber zweifellos nur sehr allmählich entwickelt . . ." „Alles in allem ist das tributum jedenfalls eine Form der Besteuerung des Grundbesitzes, welche ursprünglich das Hufenrecht, später die Wirtschaftsbetriebe als Ganzes betrifft, nicht aber eine Grundsteuer, welche auf einzelnen konkreten Grundflächen lastet, wie die vectigalia . . ." „Daneben stellte sie eine allerdings unvollkommene allgemeine Vermögenssteuer dar." Weber, Röm. Agrargesch., S. 200. S. auch Kubitschek in der Realenzyklop. v. Pauly-Wissowa. Über die Geschichte der Zensur s. insbesondere Soltau, Über den Ursprung von Zensus und Zensur in Rom (Deutsche Phil. Versammlung, 1883, S. 146) und ebendenselben in der Sav.-Zeitschr., R.-A., Bd. 38, S. 3, 13.

erwähnt: ländliche Grundstücke, praedia urbana, das Wirtschaftsinventar und bares Geld.[1] Staatsländereien wurden den Steuerobjekten nicht zugezählt; von einem meum esse ex jure Quiritium war hier allerdings nicht die Rede. Das Resultat war aber dies, daß derjenige, der einen kleinen Acker sein eigen nannte, besteuert wurde, ohne seine Schulden in Abzug bringen zu dürfen, während wer Staatsgüter und Kapitalausstände hatte, für dieselben nicht steuerte. Dies tributum ex censu war an die Stelle des tributum der Königszeit getreten, das als eine rohe Kopfsteuer zur Deckung außerordentlicher Ausgaben von jedem Familienvater entrichtet werden mußte.[2] Für die ältere Zeit haben wir also beim Zensus gewiß einen andern Vermögensbegriff, als wir ihn für die Beerbung und andere Fälle kennen; aber auch innerhalb des Privatrechtes ist der Begriff ein anderer bei der Beerbung und z. B. bei der arrogatio, so daß von einem einheitlichen Begriff des Vermögens gewiß nicht gesprochen werden kann.

Insbesondere die Regelung bezüglich der Schulden, die, wenn ein Repräsentant da ist, als negative Bestandteile des Vermögens, wenn keiner vorhanden ist, wie bei der cap. dem. maxima und media als auf demselben ruhende Lasten angesehen wurden, zeigt, daß ein durchgreifend geltender, allgemeiner Vermögensbegriff den Römern fehlte. Darüber weiter unten. Desgleichen kann hier auch die verschiedene Auffassung bezüglich der Vertrags- und Deliktsschulden erwähnt werden, die gleichfalls gegen die These von der Einheitlichkeit des Begriffes spricht. (Für das moderne Recht des B. G.-B. stellt die Einheitlichkeit des Vermögensbegriffes in Abrede Binder in der Zeitschrift für Handelsrecht, 59, S. 25. In seiner Arbeit „Die Rechtsstellung des Erben", S. 14, vertritt er fürs moderne Recht die These, daß die Schulden immer nur als Last aufzufassen seien und das Vermögen daher nur aus Aktiven bestehe. S. hiezu die zweifelnden Äußerungen bei Oertmann, Archiv f. bürgl. R. 21, S. 142.)

3. Was die Frage anlangt, aus welchen Bestandteilen sich das Vermögen zusammensetzte, so bieten die in unseren Quellen gelegentlich enthaltenen

[1] S. Marquardt-Mommsen, Handb., 2. Aufl., V, 168. Wenn Voigt, Über die Bankiers in Abh. der phil.-hist. Klasse der königl. sächs. Ges. d. W., Bd. X, S. 530ff., behauptet, daß die Institution der Vermögensbücher, insbes. des libellus patrimonii oder libellus familiae auf den Zensus zurückzuführen sei, so mag dies dahingestellt bleiben. Jedenfalls hat sich jeder römische Bürger dem Zensor gegenüber auf Grund seiner Bücher über den Stand seines Vermögens ausgewiesen. S. Mitteis, Sav.-Zeitschr., R.-A., Bd. 19, S. 258; Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen, S. 417 und dortselbst Zitierte.

[2] Was die Besteuerung anlangt, so sind wir, wie Hirschfeld, Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten, S. 53, hervorhebt, infolge der Dürftigkeit der Zeugnisse recht schlecht informiert. Und wenn auch durch die Aufschlüsse, die uns Ägyptens Papyri gewähren, manche Frage für die spätere Zeit weniger unklar geworden, so trifft Hirschfelds Bemerkung für die ältere Zeit doch noch immer zu. Zur Besteuerung Ägyptens s. Wilcken, Ostraka, I, S. 410ff.; Bernhöft, Zeitschr. f. vergl. R.-W., Bd. 21, S. 158ff. u. dortselbst Zitierte. Vgl. auch R. v. Mayr, R. R.-G. III, S. 21. Über die Finanzverwaltung Ägyptens: Rostowzew in Pauly-Wissowa, VI, S. 2395.

Fälle, von denen man hoffen könnte, daß sie eine nähere Detaillierung der Vermögensbestandteile enthalten und Schlüsse auf die Entwicklungsgeschichte gestatten, in dieser Hinsicht leider nicht viel; so z. B. die bei Bremer abgedruckte declaratio bonorum propter vicesimam hereditatis facta. Auch die in Testamenten, wie z. B. dem Testamente des Caecilius Isidorus bei Plinius, Hist. nat. 33, 135, enthaltenen Vermögensverzeichnisse, geben wenig Aufklärung. Plinius sagt l. c.: Atque ut hi omittuntur, tamquam adhuc rerum potiantur C. Asinio Gallo, C. Marcio Censorio cons. a. d. VI. Kal. Feb. C. Caecilius, C. J. Isidorus testamento suo edixit, quamvis multa bello perdidisset, tamen relinquere servorum III. C. XVII, iuga boum, III. D. C. reliqui pecoris C. C. LVIII in numerato HS. D. C.[1]

Daß auch bei den Römern ursprünglich Grund und Boden nicht im Sondereigentum des einzelnen gestanden und daher nicht zum Vermögen des einzelnen gezählt wurde, ist höchst wahrscheinlich.[2] Doch soll diese Frühzeit hier außer Betracht bleiben. Auf die umstrittene Frage nach der Zugehörigkeit des Besitzes zum Vermögen, kann in dieser Skizze leider nicht eingegangen werden. Vgl. einerseits Brinz, Pandekten, I, 446, andererseits Böhm-Bawerk, Rechte und Verhältnisse, S. 48. Die Römer zählten wohl den bonae fidei-Besitz hieher (l. 49, D. 50, 16). S. Pernice, Labeo, I, 402.

Im allgemeinen handelt es sich bei der Zugehörigkeit zum Sondervermögen des einzelnen einmal darum, daß über das einzelne Objekt frei verfügt werden kann; in diesem Sinne ist Sohms Bemerkung[3] für das römische Recht zutreffend: „Das Wesen der Vermögensrechte beruht begrifflich nicht in ihrem Vermögenswert, sondern darin, daß sie . . . mögliche Gegenstände von Verfügungsgeschäften sind", und zum andern darum, daß dem Objekt ein selb-

---

[1] S. hiezu Woeß, Röm. Erbrecht, S. 146. Die Inventare bei Kohler-Ungnad, Hammurabi, Bd. V, S. 103 ff., können hier natürlich unberücksichtigt bleiben. Sie beziehen sich durchwegs bloß auf Mobilien. Die gräko-ägyptischen Papyri nennen, soviel ich sehe, bei zwei Gelegenheiten das Vermögen, bzw. dessen Bestandteile erstens bei der Exekutivklausel und zweitens in letztwilligen Verfügungen, eventuell auch bei Erbteilungen. Für letztwillige Verfügungen enthält Kreller, Erbrechtl. Untersuchungen, S. 10 ff., manch wertvolles Material. In der Exekutivklausel heißt es regelmäßig *ἡ δὲ πρᾶξις ἔστω ἔκ τε αὐτοῦ καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῦ καθάπερ ἐκ δίκης*, wobei unter *ὑπάρχοντα* offenbar das gesamte, der Exekution unterliegende Vermögen gemeint ist. Vgl. Mitteis, Grundzüge, 119 ff. und P. Oxy. XIV, 1639 *[ἐκ τῶν ὑπαρχόντων ἡμῶν πάντων]* und Kreller, S. 11 ff. P. M. Meyer, Jur. Pap. 46. u. 65. Was Vermögensverzeichnisse anlangt, sei auf P. Lond. 77 (I, 241 ff.) und Cair. 10388 verwiesen. Die im Gnomon des Idios Logos, hgg. v. Seckel und Schubart, B. G.-U., V., 1, sich auf Vermögenskonfiskationen beziehenden Fälle können hier unberücksichtigt bleiben.

[2] S. hiezu Cicero, De rep., 2, 9, 14; Mommsen, Röm. Gesch. I, 13. Kap., S. 183 ff. und 5. Kap., S. 65 ff.; Weber, Röm. Agrargesch., S. 80 ff.; Kübler in Pauly-Wissowa, VII, 1180; Weiß, Sav.-Zeitschr., R.-A., Bd. 42, 107 ff.; ebendenselben, Griech. Privatrecht, S. 148. Partsch, Abh. der sächs. Ak. d. W. 32 (1920), S. 740. Sohm-Wenger-Mitteis, S. 161. Weiß, Art. Kollektiveigentum in Pauly-Wissowa und dortselbst Zitierte. Dagegen z. B. Karlowa, R. R.-G. I, S. 91.

[3] Arch. f. bürgl. R. 28., S. 184.

ständiger Wert zukommt; deshalb rechnen die Römer die Servituten nicht als selbständige Vermögensbestandteile, sondern nur mit dem herrschenden Grundstück vereint, da ihnen selbständiger Vermögenswert fehlt.[1] So fehlen denn auch bei der Aufzählung der Bestandteile eines peculium die Servituten. Siehe l. 7, §§ 4—6, D. de pec. 15, 1 und l. 35, D. de donat. 39, 5 u. a. m.

In unserer Literatur findet sich die Ansicht vertreten, daß ursprünglich bloß ein Inbegriff von körperlichen Sachen, die im Eigentum jemandes stehen, als Vermögen angesehen wurde. „Vermögen ist ursprünglich identisch mit Eigentum an Sachen."[2] Abgesehen davon, daß in solcher Fassung der Vermögensbegriff nicht vom juristischen, sondern vom wirtschaftlichen Gesichtspunkte aus betrachtet wird, da vom juristischen Standpunkte aus nur Rechte in Betracht kommen,[3] ist diese Auffassung, so bestechend sie auch auf den ersten Blick erscheinen mag, für die historisch beglaubigte Zeit in dieser Allgemeinheit gewiß nicht zutreffend. Denn wenn auch bloß als Adnex körperlicher Sachen, wurden schon frühzeitig die Servituten zum Vermögen gezählt, also das Vermögen nicht auf körperliche Sachen, die im Eigentum stehen, beschränkt. Auch läßt Cicero, De re publ. 2, 9, 14, das älteste Vermögen in Vieh und Bodenbenutzung (possessio) bestehen; also kam nach diesem ausdrücklichen Zeugnis jedenfalls nicht Eigentum an körperlichen Sachen allein in Betracht. Daß man übrigens bei Vermögenskonfiskationen[4] den Kindern

[1] S. auch Leonhard in Pauly-Wissowa, Art. Servitus. Vgl. l. 1, D. 33, 2.

[2] Karlowa, R. R.-G. II., 900. S. auch Pernice, Labeo, I, S. 311: „ausgehen müssen wir davon, daß man das Vermögen sich zunächst als Inbegriff aller im Eigentum eines römischen Bürgers stehenden körperlichen Sachen vorstellt". Birkmeyer, a. a. O. S. 11. Jörs bei Birkmeyer, § 3: „nach älterer Anschauung zählten dazu nur die körperlichen Sachen". Vgl. auch Jörs, a. a. O. § 121 und Girard-Mayr, II, S. 715, sowie Leist, Zivilist. Studien, I, S. 45 und Dankwardt, Nationalökon. u. Jurisprudenz, S. 14.

[3] Richtiger daher Birkmeyers Fassung: „Das Vermögen bestand ursprünglich lediglich aus Eigentumsrechten."

[4] Die älteste Erwähnung findet sich bei Dion. IV, 5, 42 und bezeichnet Zumpt, Das Kriminalrecht, I., S. 124 u. 398 ff., als eine „uralte Verschärfung der Todesstrafe". Auch beim incensus, bei Selbstverstümmelung (Dion. XI, 22) und bei der aquae et igni interdictio kommt sie vor. Vgl. auch Karlowa, R. R.-G. II, 14; Marezoll, Bürgerl. Ehre, S. 39—76, und Lehmann, Über die Vermögensstrafen des röm. Rechtes in Abh. des Krim. Seminars Berlin, S. 94 ff. Daß sie in spätrepublikanischer Zeit mit der Verurteilung zum Tode nicht notwendig verbunden war, ist sicher. Die Anschauung Huschkes, Multa, S. 242, daß die Kapitalstrafen sich von selbst auf das Vermögen erstreckten, ist nicht haltbar. Einzelne diesfällige Beispiele bei Cohn, Beiträge, Heft 2, S. 59, Anm. 1. Immer handelt es sich in alter Zeit um die Einziehung des ganzen Vermögens (fortunarum omnium, Cicero, P. Rab. I, pro Sexto Rosc. 2, 5) wie es sich ja auch in den Fällen der leges sacratae um den Verfall des gesamten Vermögens handelte (sacer alicui deorum esset cum familia pecuniaque). S. hiezu beispielsweise Rudorff, R. R.-G. II, 411, Karlowa, R. R.-G. II, S. 11 ff. und Wissowa, Religion der Römer, in Müllers Handbuch, S. 326. Nur vereinzelt kommt es vor, daß bloß ein einzelnes Vermögensstück der beleidigten Gottheit zufällt. Über das zur Zwölftafelzeit geltende Recht s. Voigt, Zwölftafeln, I, S. 49. Aus der consecratio hatte sich mit der Verweltlichung des Rechtes dann die publicatio entwickelt.

eines Deportierten die liberti und die iura patronatus wahrte, bezeugen uns l. 9, D. 48, 4; l. 4, D. 37, 14; l. 4 § 2, D. 38, 2, ausdrücklich. L. 3, D. de interd. et releg. 48, 22, besagt dagegen, daß den Kindern eines solchen nur verbleiben darf, quae non a patre, sed a genere, a civitate, a rerum natura tribuerentur. Schon Cujaz hat die meines Erachtens richtige Erklärung für den Widerspruch dieser Stellen gegeben. Alfenus, von dem die l. 3, D. 48, 22, herrührt, habe sich als älterer Jurist an die damals herrschende stricti iuris ratio gehalten, während späterhin die andere Auffassung zum Durchbruche kam, die auf einem SC. quod est factum Claudianis temporibus beruhte. Zu Alfenus Zeiten hat man demnach die liberti, ihr Hab und Gut sowie die iura patronatus zu jenem Vermögen gezählt, das Gegenstand der Konfiskation war, während die spätere Zeit sie jenen Objekten anschloß, die nicht zu dem zu konfiszierenden Vermögen zählten; aber in jedem Falle waren sie zum Vermögen gehörig. Fürs tributum dagegen trifft die Auffassung zu, daß nur körperliche Sachen als zum tributpflichtigen Vermögen gezählt wurden, denn dasselbe umfaßte von Haus aus bloß den Grundbesitz. Die Forderungen kamen hier nicht als Bestandteile des tributpflichtigen Vermögens in Betracht, wie dies die Aufzählung der tributpflichtigen Objekte beweist (s. oben).[1] Wenn Pernice[2] und Birkmeyer[3] dagegen die genannte These ganz allgemein aufstellen und einen diesbezüglichen Quellenbeweis zu erbringen trachten, so stützen sie sich einerseits darauf, daß die Forderungen nicht Gegenstand des Erbteilungsverfahrens gewesen seien, anderseits wollen sie für ihre Thesen Anhaltspunkte in den Äußerungen der späteren Juristen finden. Birkmeyer, a. a. O. S. 146, lehrt: „Diese familia setzte sich bloß aus Eigentumsrechten zusammen. Das zeigt die schon aus den Zwölftafeln — l. 1, pr., D. fam. herc. 10, 2, Gaj. — stammende Erbteilungsklage. Sie deduziert noch im klassischen römischen Recht lediglich die ceterae res praeter nomina in iudicium, also zur Zwölftafelzeit gewiß nur die Eigentumsrechte. Die Forderungen gehörten nicht mit in das Nachlaßvermögen. Sie hätten, als streng an die Person gebunden, mit dem Tod erlöschen müssen, wenn sie nicht kraft positiver Vorschrift der Zwölftafeln . . . dem Erben überwiesen und beim Vorhandensein mehrerer Erben unter diese kraft Gesetzes wären geteilt worden." Daß die Zwölftafeln die Teilung der

---

Darüber Ihering, Geist, I, S. 278 ff.; Rudorff, a. a. O.; Lehmann, a. a. O. S. 94 ff.; Mommsen, Röm. Strafrecht, S. 1003. Über Vermögenskonfiskationen nach spätbyzantinischem Recht und dem Rechte der Papyri s. Brassloff, Zeitschr. f. vgl. R.-W., Bd. 25, S. 383 und Taubenschlag, Das Strafrecht der Papyri, S. 124. Über Vermögenskonfiskationen in ptolemäischer Zeit s. San Nicolò in Groß' Archiv, Bd. 46. Für die Entwicklung des bei der Vermögenskonfiskation maßgebenden Vermögensbegriffes sei hier bloß auf l. 3, D. de interd. et releg. 48, 22 und l. 6, D. de bon. damn. 48, 20, verwiesen.

[1] S. Mommsen, Staatsrecht, II, S. 359 und Marquardt-Mommsen, Handbuch, V, S. 166 u. 171.

[2] Labeo, I, § 345.

[3] A. a. O. S. 141 ff.

Forderungen unter mehrere Miterben angeordnet haben, das ist uns in mehreren Quellenstellen bezeugt (s. l. 6, C. fam. ercisc. 3, 36; l. 1, C. si unus ex plur. 8, 32; l. 1, C. de except. 8, 36); daß sie aber auch den Übergang selbst angeordnet haben, ist nicht bezeugt (s. hiezu auch Pernice, Labeo, I., S. 326, der die Annahme jedoch für sehr naheliegend hält), und findet sich in den Quellen keine diesbezügliche Spur. Dies muß auch Birkmeyer selbst a. a. O. S. 149 zugeben. („Jene Bestimmung ist denn auch . . . aus unseren Rechtsquellen gänzlich verschwunden; nur die Bestimmung über die Teilung der Forderungen ist stehen geblieben.“) Mit Recht erklärt demgegenüber Mitteis[1] es zwar für zutreffend, daß die Forderungen im Sinne der ältesten Systematik nicht zum Vermögen gerechnet wurden; allein der Versuch, „auch eine sachliche Nichtzugehörigkeit aus dem Satze der klassischen Juristen zu beweisen, wonach die Forderungen des Erblassers nicht in die Teilungsmasse geworfen zu werden pflegen, geht deshalb fehl, weil letzterer Satz aus der Regel der Zwölftafeln abgeleitet sein wird, daß nomina ipso iure sunt divisa, wie sich aus Gajus, l. c. l. 3, eigentlich bestimmt ergibt (Gajus, l. 3, D. fam. ercisc. 10, 2).[2] Denn dort wird dem Teilungsrichter die Einbeziehung der Forderungen in die Teilungsmasse, wenn sie nach der Sachlage wünschenswert ist, freigestellt, wonach man sieht, daß die Nichteinbeziehung nur darauf beruht, daß sie in der Regel nicht erforderlich ist.“ Zur Stützung ihrer These beriefen sich die Genannten auf eine Reihe von Quellenstellen,[3] die jedoch, wie ihre

---

[1] Röm. Privatrecht, S. 74 ff.

[2] S. auch l. 2, § 5 D. fam. ercisc. 10, 2; l. 25, § 1, D. eod.; beide Stellen bringen gleichfalls die Möglichkeit der Berücksichtigung von Forderungen beim Erbteilungsverfahren zu deutlicher Anschauung. Zur Regel des römischen Rechtes nomina inter coheredes ipso jure divisa sunt s. c. 6, C. 3, 36 und Wenger zu P. Münch. 7, 87 ff. Fürs hellenistische Recht Kreller, Erbrechtl. Untersuchungen, S. 14 ff.

[3] L. 208, D. de verb. sign. 50, 16 (African.): Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat (s. zu dieser Stelle Wlassak, Sav.-Zeitschr. 31, S. 255, Anm. 1 bez. des Ausdruckes „hereditas“). L. 21, D. eod. (Paulus): Princeps „bona“ concedendo videtur etiam obligationes concedere. L. 31, § 1 ad SC. Trebell. 36, 1 (Marcian): Si quis „bona sua“ vel „omnia sua“ rogaverit restituere, fideicommissariam restitutionem esse intellegendum est: nam meorum et tuorum appellatione etiam actiones contineri dicendum est. L. 3, pr. D. de bon. poss. 37, 1 (Ulpian): Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt, universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur. L. 49, D. de verb. sign. 50, 16 (Ulpian): „Bonorum“ appellatio aut naturalis aut civilis est: Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur. Zu dieser Stelle s. Beseler, a. a. O. IV., 136, der konstatiert, daß, wenn diese Stelle nicht etwa verfälscht ist, sie beweise, daß im Sinne des Ediktabschnittes quibus ex causis in

Lektüre zeigt, keineswegs zu dieser Annahme zwingen. Schon die res mancipi und nec mancipi bezogen sich nicht bloß auf körperliche Sachen und doch behauptet Birkmeyer, daß diese seine Auffassung des Vermögens die der römischen Juristen noch zu Ulpians Zeiten gewesen sei! Nach Pernice, Labeo, I, S. 380, zählen die Forderungsrechte seit Julian zum Vermögen. Auch Karlowas, R. R.-G. II, S. 359, Behauptung: „In alter Zeit hatte man Forderungen und Schulden nicht mit zur familia pecuniaque gerechnet; sie waren nur etwas mit derselben Verknüpftes oder ihr Anklebendes", wird nicht als richtig bezeichnet werden können. Nicht zum Vermögen gehörig, aber mit ihm verknüpft!

Das zweite Argument für die Auffassung, daß bloß körperliche Sachen, die im Eigentum standen, Forderungen aber nicht zum Vermögen zählten, beruht auf den Räsonnements späterer römischer Juristen. Gewiß wiegt dies an sich schon nicht sehr schwer, und kann man Mitteis a. a. O. nur beipflichten, wenn er sagt: „Besonders künstlich ist es, wenn Pernice sogar in Äußerungen der Klassiker Reminiszenzen an die von ihm behauptete Anschauung finden will . . ., wenn irgendwo das Selbstverständliche betont wird, ist dies ein sehr unzuverlässiges Zeichen dafür, daß es nicht selbstverständlich sei." Pernice, a. a. O. S. 327, behauptet: „Bei pecunia denken die Juristen durchgängig zunächst an die im Vermögen befindlichen körperlichen Sachen. Erst ganz späte Juristen ziehen auch die Berechtigungen hinzu. So muß denn sogar noch Pomponius in zwei Fragmenten seines Sabinuskommentars die alte Anschauung zurückweisen: vielleicht wiederholt er damit nur eine Äußerung seines Auktors." Für den ersten Satz beruft sich Pernice auf drei Stellen aus dem Titel D. de verb. sign., nämlich l. 97, l. 5 und l. 178, pr., die nur, wenn man schon von der Meinung ausgeht, daß die Forderungen auch inhaltlich nicht zum Vermögen gehören, überhaupt hier herangezogen werden können.[1] Das aber wäre wohl erst zu beweisen. Als Beweis, daß nur ganz späte Juristen die Forderungen zum Vermögen zählen, wird von ihm einzig und allein Hermogenian in fr. 222

possess. eatur, auch quae bona fide a nobis possidentur, zu den Dingen gehöre, die in bonis nostris sunt. Das „vel superficiaria sunt" wird von ihm als sicher unecht angesehen. L. 9, D. rem pup. 46, 6 (Pomponius): Cum pupillus a tutore stipulatur rem salvam fore, non solum, quae in patrimonio habet, sed etiam quae in nominibus sunt, ea stipulatione videntur contineri . . . . L. 37, D. de acquir. hered. 29, 2 (Pomponius). Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.

[1] L. 97 lautet: Cum stipulamur „quanta pecunia ex hereditata Titii ad te pervenerit" res ipsas quae pervenerunt, non pretia earum spectare videmur; l. 5, eod.: Rei appellatio latior est quam pecuniae, quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt; und l. 178, pr.: Pecuniae verbum non solum numeratam pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora: nam corpora quoque pecuniae appellatione contineri nemo est, qui ambiget. Letztere Worte interpolationsverdächtig; s. Beseler, II, 31.

D. de verb. sign. 50, 16 erwähnt.[1] Diese Stelle in Zusammenhalt mit den weiteren in Anm. 3, S. 107, allegierten Stellen vermögen aber meines Wissens gewiß nicht zu erhärten, daß Forderungen als Vermögensbestandteile jüngeren Datums sind als die körperlichen Sachen. Die hier neuerlich vertretene Ansicht ist uns auch bezüglich der arrogatio bezeugt. Bei Gajus, III, 83 ff., heißt es: Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit, mulierve in manum convenit, omnes eius res incorporales et corporales, quaeque eis debitae sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt usus fructus, operarum obligatio libertorum quae per ius iurandum contracta est, et lites contestatae legitimo iudicio. Demnach gehören, wenigstens zu Gajus' Zeit, die Forderungen zum Vermögen des capite deminutus und gehen auf seinen Gewalthaber über, soweit sie nicht durch c. d. untergegangen sind (l. 15, D. de adopt. 1, 7; cf. l. 11, § 2, de bon. poss. sec. tab. 37, 11; s. im übrigen Beseler, a. a. O. IV, 237, der, was unsere Frage anlangt, das „fortunas" beanständet. Doch siehe Test. Dasumianum, Z. 5 und § 1, J. de acquir. per arrog. 3, 10). Was den Begriff des Staatsvermögens anlangt, so werden hier die Forderungen zum Vermögen gezählt. So sagt l. 11 (9), § 3, D. 48, 13 (Paulus): Eodem capite inferius scribit non solum pecuniam publicam, sed etiam privatam crimen peculatus facere, si quis quod fisco debetur simulans se fisci creditorem accepit, quamvis privatam pecuniam abstulerit. Der hier zitierte Jurist ist Labeo, der demnach Forderungen als zum Staatsvermögen gehörig zählt. (S. Rudorff, R. R.-G. II, 394.) Daß die Entwicklung, welche bezüglich des peculium stattfand, hier gleichfalls herangezogen werden kann, ist schon mehrfach ausgesprochen worden.[2] Hier finden wir als Bestandteile des Vermögens corpora, Sklaven (vicarii mit ihren Pekulien), Forderungen, ganze Erbschaften. So z. B. in l. 7, § 4, 5 und 6, D. de pec. 15, 1 (Ulpian): In peculio autem res esse possunt omnes et mobiles et soli, vicarios quoque in peculium potest habere et vicariorum peculium: hoc amplius et nomina debitorum. Sed et si quid furti actione servo deberetur vel alia actione, in peculium computabitur: hereditas quoque et legatum, ut Labeo

[1] Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli, quam mobiles et tam corpora quam iura continentur. Die beiden Fragmente, in welchen Pomponius angeblich die alte Anschanung zurückweist, sind l. 9, D. rem pup. 46, 6: Cum pupillus a tutore stipulatur rem salvam fore, non solum, quae in patrimonio habet, sed etiam quae in nominibus sunt, ea stipulatione videntur contineri, und l. 37, D. de acquir. hered. 29, 2: Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant. Hiezu allegiert Pernice noch l. 18, § 2, D. de h., p. 5, 3: Nunc videamus, quae veniant in hereditatis petitione. Et placuit universas res hereditarias in hoc judicium venire, sive jura, sive corpora sint, wobei Pernice das Wort „placuit" urgiert.

[2] Mandry, Pec. castr. II, S. 43; Dietzel in Bekker u. Muthers Jahrb. f. d. gemeine deutsche Recht, Bd. II, S. 6, 28 ff., 44 u. a. m. Dawider, soviel ich sehe, bloß Pernice, Labeo, I, 382, der für das ältere Recht das peculium nicht als Vermögen (universitas) angesehen wissen will, sondern bloß als eine Summe körperlicher Sachen.

ait . . . Ferner l. 35, pr., D. de donat. 39, 5 (Scaevola): Ad eum, quem manumiserat, epistulam misit in haec verba: „Titius Sticho liberto suo salutem. Cum te manumiserim, peculium quoque tuum omne, quidquid habes, tam in nominibus, quam in rebus moventibus, sive in numerato, me tibi concedere hac epistula, manu mea scripta, notum tibi facio.“ Danach gehören die Forderungen zu Labeos Zeit zweifellos zum Pekuliarvermögen und damit zum Vermögen überhaupt. Doch schon zu Servius' Zeiten werden Forderungen als Bestandteile eines Pekuliums anerkannt, wie dies l. 3, § 2, D. de statulib. 40, 7 ausspricht: Inde quaeritur, si forte debeatur pecunia huic servo vel ab herede, quod in domini rationem plus erogaverat, vel ab extraneo, nec velit heres debitorem convenire vel statulibero solvere pecuniam: an debeat ad libertatem pervenire, quasi moram per heredem patiatur. Et aut legatum huic statulibero fuit peculium aut non: si legatum peculium fuit, Servius scribit moram eum libertatis passum ob hoc ipsum, quod ei aliquid ex ratione dominica deberetur nec ei ab herede praestaretur: quam sententiam et Labeo probat. Wenn Tuhr[1] den Schluß, daß demnach schon zu Servius' Zeit die Forderungen zum Vermögen zählten, nicht allgemein Wort haben will, sondern dies bloß als auf den Fall des statu liber beschränkt ansehen will, so würde dies höchstens nahelegen, daß diese Bestimmung den Ausgangspunkt für die später allgemein herrschende Auffassung gebildet hat, wie ja auch so manche andere Bestimmung des römischen Rechtes vom Sklavenrecht ihren Ausgang genommen hat.[2] Der Hinweis Tuhrs auf l. 40, § 3, D. de cond. 35, 1[3], scheint mir nicht zuzutreffen; denn in dieser Stelle handelt es sich um die Frage der Gültigkeit des Legates, nicht aber um die Frage der Zugehörigkeit der Forderungen zum Vermögen; und es handelt sich in der obzitierten l. 3, § 2, nicht wie in l. 40 um eine Schuld des Herrn. Letzterer Umstand aber scheint mir für die Entscheidung des Servius maßgebend quia dominus servo nihil debere potuisset. Für Labeos Zeit sind nach l. 7, § 4, 5, D. de pec. 15, 1, die Forderungen jedenfalls zum Vermögen gehörig. Wenn Tuhr dies a. a. O. bezweifelt und Labeo bloß bezüglich der hereditas und des legatum als allegiert ansieht, so vermag ich seiner Ansicht nicht beizupflichten; ist doch gerade Labeo derjenige, der bei Paulus als Gewährsmann für die Zugehörigkeit der Forderungen zum Staatsvermögen zitiert wird. § 6 der l. 7, D. 15, 1, als gewiß stark überarbeitet (s. Beseler, Beiträge, III, 196), bleibt deshalb hier außer Betracht.

---

1 Actio de in rem verso, S. 267 ff. Was den Text der zitierten Stelle anlangt, so ist er, soviel ich sehe, nicht bemängelt. Beseler, a. a. O. II, 125, erklärt, es sei bezüglich der Worte „remedii loco hoc monstratur domino statuliberi ut“ eine „sichere Diagnose“ nicht möglich.

2 So z. B. der Begriff der obligatio naturalis s. Gradenwitz in der Festgabe für Schirmer (1900) u. a. m. Vielleicht auch die Regel der l. 161, D. de div. reg. jur. 50, 17. Hiezu Pfaff, favor. lib. S. 10 ff.

3 Dominus servo aureos quinque eius legaverat: „heres meus Sticho servo meo, quem testamento liberum esse iussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato.“ Nihil servo

Bei Celsus (l. 29, D. de pact. 2, 14), Neratius (l. 9, § 1 [die Bemängelungen bei Beseler, II, 25 und III, 196, berühren uns nicht], l. 56, D. de pec. 15, 1), Julianus (l. 28, § 2, D. de pact. 2, 14), Pomponius (l. 24, D. de iur. dot. 23, 2 und l. 19 in f. D. de solut. 46, 3), Gajus (l. 21, D. de jurejur. 12, 2), Scaevola (l. 35, pr., D. de don. 39, 5), Paulus (l. 20, D. de jurejur. 12, 2), Ulpian (l. 5, § 12, D. de trib. act. 14, 4; l. 7, § 4, 5, D. de pec. 15, 1; l. 52, § 26, D. de furt. 47, 2) ist als späteren Juristen die Zugehörigkeit von Forderungen zum Pekuliarvermögen durchwegs anerkannt.

Auch l. 6, D. de bon. damn. 48, 20, kann für die in Rede stehende Frage nach der Zugehörigkeit der Forderungen zum Vermögen allenfalls herangezogen werden. In ihr wird ein Reskript Hadrians zitiert, welches bestimmte: Si quis damnatus digito habuerit aut sardonychica aut aliam gemmam magni pretii, vel si quod chirographum magnae pecuniae in sinu habuerit, nullo jure illud in pannicularia ratione retinebitur. Die Forderungen sind demnach Bestandteile des zu konfiszierenden Vermögens.[1] Doch schon viel früher als die hier angeführten Quellenstellen es andeuten würden, mußten Forderungen als zum Vermögen gehörig angesehen worden sein. Schon für die Zwölftafelzeit ist uns überliefert, daß Besitztum wie Forderungsrechte des addictus per universitatem auf den Gläubiger übergehen, was also wohl bedeutet, daß die Forderungsrechte als Bestandteile des Vermögens angesehen wurden.[2]

Daß Forderungen im Falle der Erbschaft zum Vermögen, das auf den Erben überging, zählten, besagen uns die Quellen schon für die älteste Zeit und sei hiemit auf das oben Gesagte verwiesen. Pernice, Labeo, I, 335 und Birkmeyer, a. a. O. S. 148 ff. (s. auch Jörs bei Birkmeyer, Enzyklop., § 3), wollen allerdings die Forderungen ursprünglich bloß als persönliche Rechte, die keinen Vermögensbestandteil bilden, anerkennen; letzteres seien sie erst mit der Ausbildung der a° utilis geworden, da sie da erst als Verkehrsobjekte und mithin als Vermögensrechte erscheinen. Danach waren aber die Forderungsrechte erst in der Kaiserzeit als Vermögensbestandteile angesehen worden. In Wahrheit jedoch gehören sie schon in frühesten Zeiten zum Vermögen. Was speziell den Erbgang anlangt, so erwirbt der Erbe den Nachlaß als Einheit und nicht als Summe wie der Erbschaftskäufer. Aus diesem Grunde gehen die Forderungen auf ihn über; aber auch unreife Verhältnisse, wie bedingter Erwerb, die begonnene Ersitzung u. dgl. m. Deshalb bedurfte es gar nicht des auch nicht überlieferten Zwölftafelsatzes bezüglich des Überganges der Forderungen; die Zwölftafeln brauchten bloß die Teilung als positive Norm festzusetzen, und das haben sie auch, unserem Quellenmateriale nach, getan.

---

legatum esse Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset: Ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse et eo iure utimur.

[1] Die bei Beseler, IV, 239, zum Text gemachte Bemerkung berührt unsere Frage nicht.

[2] Voigt, Jus Nat. III, 685 und dort zitierte Quellenstellen.

4. Eine der bestrittensten Fragen bezüglich des Vermögensbegriffes bei den Römern ist die Frage nach der Zugehörigkeit der Schulden. Darüber, daß es auch bei der Beerbung eine Zeit gegeben habe, wo die Schulden nicht zum Vermögen gezählt wurden, siehe Krüger, Cap. dem., S. 303. (Das Recht von Gortyn hat ausdrücklich die Schulden als Bestandteile des Vermögens bezeichnet.) Schon die Glosse hatte zwischen dem natürlichen Begriff des Vermögens und dem juristischen Begriff unterschieden und letzteren als die bona quae commoda habent, sed suis incommodis adiuncta charakterisiert, also, was den juristischen Begriff anlangt, die Passiven als negative Bestandteile des Vermögens angesehen. Dieser Auffassung folgten auch Bartolus, Cujacius, Alciatus, Donellus u. a. m. Speziell Alciat äußert sich zu l. 83, D. de verb. sign. 50, 16: quandoque tamen appellatione bonorum etiam aes alienum comprehenditur . . . Diese Auffassung blieb auch in der Literatur der neueren Zeit die herrschende. Eine sorgfältige Wiedergabe der einschlägigen Literatur findet sich bei Birkmeyer, a. a. O. S. 170 ff.[1] Durch ihn wurde aber die herrschende Lehre in lebhafter Weise anzufechten versucht; nach seiner Ansicht gehören die Schulden nicht zum Vermögen; die Haftung des Erben für dieselben beruhe auf positiver Satzung der Zwölftafeln und nicht auf der Universalsukzession. (S. insbesondere S. 248—289.) Birkmeyer leugnet also die Zugehörigkeit der Schulden zum Vermögen; die Passiven (aes alienum) bilden nach ihm einen selbständigen Begriff, die bona sind ihm ausschließlich das Aktivvermögen. Da er aber die Haftung der Erben für die Schulden zugeben muß — abgesehen natürlich vom Falle des testamentum militis —, so versucht er die Sache so zu erklären, daß sich die Haftung weder aus der Natur des Erbeseins noch aus der Universalsukzession von selbst erkläre, sondern rein auf positiver Satzung beruhe.[2] Zu diesem Behufe werden einige Quellenstellen einer von der herrschenden Auslegung abweichenden Interpretation unterzogen, so die l. 37, D. de usufr. leg. 33, 2; l. 37, D. de acquir. v. omit. hered. 29, 2; l. 21, D. de verb. sign. 50, 16.[3] Die erste Stelle beweist meines Erachtens wirklich nichts für die herrschende Lehre. Das calendarium war das Buch, „worin jeder römische pater familias die Namen seiner Schuldner einschrieb, welche ihm Zinsen zu

---

[1] S. auch Karlowa, R. R.-G. II, 15; Bekker, Zeitschr. f. R.-G. III, 439; Zachariä, Handb., 8. Aufl., I, S. 315. Darüber, daß die Schulden vom philosophischen Standpunkt aus zum Vermögen gehören, s. Schuppe, Subj. Recht, S. 122 ff.

[2] S. auch Binder, die Rechtsstellung der Erben, S. 22. Gegen Birkmeyer haben sich auch Pernice, Krit. Vierteljahrschr., 22, S. 251, Hölder, Zeitschr. f. Handelsrecht, 24, S. 614 f., Regelsberger, Pandekten, S. 363, ausgesprochen.

[3] L. 37, D. 33, 2: „Uxori meae usum fructum lego bonorum meorum . . .“ quaesitum est, an praediorum tam rusticorum quam urbanorum et mancipiorum et suppellectilis itemque calendarii usus fructus ad uxorem pertineat. Respondit secundum ea quae proponerentur, omnium pertinere. L. 37, D. 29, 2: Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sunt, ad heredem transeant; l. 21, D. de V. S. 50, 16: Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes concedere.

bezahlen hatten".[1] Mit Recht wurde daher schon von Cujaz die gegenteilige Ansicht des Bartolus bekämpft, wie dies auch bei Birkmeyer, a. a. O. S. 135, hervorgehoben wird. Die zweite Stelle dagegen betont, daß der Erbe in omne jus mortui sukzediere und nicht bloß in das dominium singularum rerum, und besagt daher, „daß der Erbe die rechtliche Herrschaft des Erblassers fortsetzt, mit anderen Worten, daß jenem eine rechtliche Herrschaft über das nachgelassene Vermögen darum und soweit zusteht, weil und wie sie diesem zustand".[2] Der Erbe sukzediert eben in das dominium hereditatis.[3] „Das Rechtsband, welches den Erblasser und sein Vermögen umschlang, wird nun an die Person des Erben geknüpft; die Erbfolge ist Nachfolge in das Recht an dem hinterlassenen Vermögen" (Pfaff und Hofmann, Kommentar, II., 1, S. 6).

Was die dritte Stelle anlangt, so umfaßt das „obligationes" zweifellos Forderungen und Schulden; es geht denn doch nicht an, zu glauben, daß der Prinzeps demjenigen, dessen Vermögen konfisziert war und dem er dasselbe jetzt wieder zuweist, bloß die Forderungen aufleben läßt, während er die Schulden nicht mehr zu übernehmen braucht! Wenn Birkmeyer demgegenüber behauptet, es würden dem cum bonis restitutus die Schulden als Bestandteile der bona nur dann restituiert werden, wenn sie auch als Bestandteile der bona durch die Konfiskation auf den Fiskus übergegangen waren; letzteres treffe aber nicht zu, denn es habe die Verpflichtung des Fiskus, für die Schulden des damnatus aufzukommen, bloß auf positiver Vorschrift beruht, so ermangelt diese Behauptung jedes quellenmäßigen Beweises. Denn auch Birkmeyer, a. a. O. S. 239, muß zugeben, daß „übereinstimmend . . . in einer Fülle von Stellen bezeugt" ist, „daß der Fiskus alle Lasten eines solchen Vermögens, also das aes alienum im engeren Sinne, sowie legata, fideicommissa, libertates übernehmen muß. Und zwar, weil er als successor in universum jus ganz analog wie ein heres zu behandeln sei". Daß in Nov. 1, c. 1, § 4, erzählt wird, es beruhe die Verpflichtung des Fiskus zur Schuldenhaftung auf „antiquissimae leges ex propria auctoritate", gibt doch keine Veranlassung, an eine rein positive Vorschrift zu denken, der jedes tiefere Motiv fehle. Im vorliegenden Falle betont ja l. 51, § 15, D. de fid. 46, 1 ausdrücklich, daß der Fiskus analog einem Erben behandelt worden; die antiquissimae leges sind also wohl jene Bestimmungen, auf welche die Haftung der Erben zurückgeht, und nicht irgendwelche für die Fiskushaftung erlassene besondere Verfügungen, von denen uns nichts überliefert ist. Auch in der modernen Literatur wird eine erbenähnliche Qualität des Fiskus überall betont.[4]

---

1 Glück, Kommentar, IX., S. 178. Vgl. Hecht, Die Kalendarienbücher in Rechtsgesch. Abhandlungen aus dem Gebiete des röm. Verkehrslebens von Aster und Hecht.

2 Pfaff und Hofmann, Exkurse, II., 2, S. 186.

3 Vgl. l. 49, pr. D. 28, 5. His verbis: „Titius hereditatis meae dominus esto", recte institutio fit; § 7, J. de her. qual. 2, 19. Dazu Birkmeyer, a. a. O. 84.

4 S. Puchta, Pandekten, § 563; Arndts, Pandekten, § 610; Windscheid, Pandekten, § 622, u. a. m.

Die Grundsätze über das Wesen des Erbeseins ergeben aber von selbst das Resultat, welches wir hier vorfinden. Würde sich also auch eine positive Satzung im Sinne Birkmeyers entdecken lassen — als welche l. 7, Cod. 4, 16 (s. Birkmeyer, S. 271) angeführt werden kann —, so wäre sie nur als Ausfluß der rechtlichen Auffassung zu werten, welche die Römer von der Qualität des Erben besaßen und die sie dann auch in anderen Fällen, welche sie analog dem Erben behandelten, zur Anwendung brachten. Daß sie die Schulden als einen Teil des universum jus angesehen haben, wird übrigens auch wortdeutlich in l. 3, pr., D. 37, 1, ausgesprochen: Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in jus demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.[1] Daß in dieser Stelle der Ausdruck „bona" gewiß nicht im Birkmeyerschen Sinne zu nehmen ist und die Schulden umfassen muß, wird auch bei Windscheid-Kipp, 8. Aufl., I., S. 152, mit Polemik gegen Birkmeyer hervorgehoben.

Für die hier neuerlich vertretene Ansicht lassen sich auch l. 3, D. 48, 23, und l. 1, D. 37, 1, anführen.[2] Die erstere zeigt uns, daß es sich beim Vermögen nicht bloß um die aktiven Bestandteile handelt, sondern auch um die Schulden, die auf das innigste mit dem Schicksal desselben verknüpft sind; die letztere beweist, daß Aktiv- und Passivvermögen nicht voneinander getrennte Komplexe sind.

Die Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers wird von den einen[3] aus dem Repräsentationsgedanken abgeleitet, während andere[4] den Gedanken der Vermögensvermischung propagieren. Darüber, daß beides zur Erklärung ausreicht und miteinander nicht in Widerspruch steht, sei auf Hofmanns[5] zutreffende Bemerkung verwiesen: „Weil der Erbe den Erblasser repräsentiert, sind die Nachlaß-Aktiva und -Passiva jetzt sein und fließen mit seinen ursprünglichen Aktiven und Passiven in ein Vermögen zusammen." Uns erscheinen die Schulden als eine auf dem Vermögen ruhende Last; den Römern dagegen als negative Posten. Vielleicht darf hier auch daran erinnert werden, daß die Römer überhaupt nicht unseren Gesichtspunkt teilten, daß

[1] Übereinstimmend auch Karlowa, R. R.-G., II, 963.

[2] L. 3, D. 48, 23: In insulam deportati bona fiscus poena remissa retinuit: creditores ex ante gesto non habere cum eo qui debitor quondam fuit actiones constitit. Quod si bona cum dignitatis restitutione concessa reciperaverit, utiles actiones necessariae non erunt, cum et directae competunt. L. 1, D. 37, 1: Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit: nam haec omnia bonis sunt conjuncta.

[3] Z. B. Puchta.

[4] Z. B. Pernice, Krit. Vierteljahrschr. IX, 89.

[5] Zur Lehre vom benef. inventarii, Grünhuts Zeitschr. VIII, S. 564.

derjenige, der den Vorteil hat, auch die Lasten zu tragen habe, sondern daß sie umgekehrt davon ausgingen, daß derjenige, der die Lasten tragen müsse, auch einen eventuellen Vorteil genießen solle. So lehrt Paulus, Lib. III ad Sabin. in l. 10, D. 50, 17: secundum naturam est, commodo cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda; und nur gelegentlich wird eine andere Auffassung vertreten, wie dies l. 29, D. de leg. II, bezeugt; in letzterem Falle (beim Legatar) handelt es sich aber, wie die Fassung der Stelle beweist, keineswegs um ein allgemein anerkanntes Prinzip. Mitteis, Reichsrecht, S. 97, wirft die Frage auf, „ob das Prinzip der unbeschränkten Haftung des Erben für die Vertragsschulden des Erblassers gleich von vornherein entstanden ist, oder ob es einen Zeitraum gegeben hat, in welchem man die Schulden nur als eine Last des Nachlasses betrachtete und eine darüber hinausreichende Erbenhaftung noch unbekannt war". Für das römische Recht „diese Frage beantworten zu wollen, wäre vermessen. Sicher ist nur, daß, wenn ein solcher Zustand je bestanden hat, er ohne bestimmte Spuren verschwunden ist: für unsere Kenntnis der Dinge steht die unbeschränkte Haftung der Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten an der Spitze der römischen Geschichte". „Nicht das Vermögen als solches, sondern die Persönlichkeit wird vererbt", und daraus erklärt sich die Haftung des Erben für die Schulden. Der auf ein X-tel Eingesetzte ist Erbe, Nachfolger des Erblassers, und erhält, wenn kein anderer neben ihm zum Erben miternannt ist, das Ganze. Das Vermögen folgt ihm dabei automatisch, und dies ist vielleicht auch eine Erscheinung, welche — nebst manchem anderen — den vielbesprochenen Satz: nemo pro parte, unserem Verständnisse näher bringen kann. Der Erbe ist Erbe der Person, Fortsetzer derselben und erhält als solcher das Vermögen. Das würde aber bedeuten, daß der rätselhafte Rechtsatz[1] mit dem seinerzeitigen Überwiegen der Person gegenüber dem Vermögen, das ja an so vielen Punkten des älteren Rechtes hervortritt, zusammenhängt.[2]

---

1 Bezüglich der überreichen Literatur sei auf die bei Hofmann, Krit. Studien, S. 116 ff., angeführten, wichtigsten Ansichten verwiesen. Vgl. hiezu auch noch Münderloh, Aus der Zeit der Quiriten, S. 124 ff.; Kindermann, Nemo pro parte, Inaug.-Diss. 1885; Carpentier, Essai sur l'origine et l'étendue de la règle Nemo pro parte, Nouv. Revue hist. X, p. 449 ff., speziell p. 462 ff.; Karlowa, R. R.-G. II, S. 844; Bonfante, Bull. dell'istituto di diritto Romano, Bd. 4, S. 97.

2 Über einen Versuch, die Regel des nemo pro parte mit dem Eigentumsrecht am Vermögen in Zusammenhang zu bringen, s. Zachariä, Handbuch, 6. Ausg. herausgegeben v. Puchelt, III, S. 505 ff., wo es heißt: „Das Recht, welches der Mensch an seinem Vermögen hat, ist das Eigentumsrecht. Denn das Vermögen ist die Persönlichkeit des Menschen selbst, diese in Beziehung auf die Güter betrachtet, über welche der Mensch gebietet. Das Eigentum am Vermögen ist geradeso wie die Persönlichkeit des Eigentums selbst, ein unteilbarer Gegenstand. Also zu verschiedener Zeit erworbene Güter sind demnach in bezug auf das Eigentumsrecht am Vermögen als ein Ganzes zu betrachten, gleich als ob sie zu derselben Zeit erworben worden wären. Auch beruht auf dem Grundsatze der Unteilbarkeit des Eigentumsrechtes am Vermögen die Regel des römischen Rechtes nemo pro parte." Diese Auffassung sei hier angeführt, ohne daß ich

Trotzdem der transzendentale Gesichtspunkt im Erbrecht in mancher Beziehung im Laufe der Zeit in den Hintergrund getreten war und das Erbewerden eine reine Vermögensangelegenheit geworden war (z. B. l. Furia test., Voconia, Falcidia, heres miles u. a. m.),[1] hat sich die persönliche Haftung ultra vires hereditatis doch bis in justinianische Zeit erhalten und selbst im Falle des beneficium inventarii haftet nicht der Nachlaß als solcher, sondern der Erbe persönlich, allerdings nur bis zum Betrag der Erbschaft; woraus folgt, daß die Exekution nicht nur gegen das Vermögen der Erbschaftsmasse, sondern auch gegen andere Sachen des Erben (allerdings nur bis zum Betrage der Erbschaft) geführt werden konnte. Während die Schulden bei der Erbschaft von Haus aus negative Bestandteile des Vermögens waren, sind sie im Falle des benef. inv. und ebenso auch bei der separatio bonorum als Lasten, die auf dem Vermögen ruhen, angesehen worden.

Bei der arrogatio dagegen lagen die Dinge anders. Der pater arrogator ist bloß Vermögensübernehmer und nicht Persönlichkeitsfortsetzer.[2] Hier gehen die Geschäftsschulden, die nicht zum Vermögen gezählt werden, unter; die Deliktschulden bleiben bestehen,[3] ebenso die ererbten, weil jetzt der pater arrog. als Erbe angesehen wird.[4] Gajus berichtet uns III., 83 ff.[5]: Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit, mulierve in manum convenit, omnes ejus res incorporales et corporales quaeque eis debitae sunt, patri adoptivo, coemptionatorive adquiruntur, exceptis his quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertorum quae per iusiurandum contracta est, et lites contestatae legitimo iudicio. Ex diverso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, quaeve in manum convenit, non transit ad coemptionatorem aut ad patrem adoptivum, nisi si hereditarium aes alienum fuerit . . . Auch der Ehemann haftet bei der Manusehe für die Schulden des auf ihn übergegangenen Dotalvermögens jure civili nicht, da dieselben untergegangen sind; erst der Prätor läßt die Haftung zu, faßt also die Schulden hier als Last auf; denn es wird bloß mit den Aktiven vom Manne gehaftet

---

sie zu teilen vermöchte. S. neuestens auch Mitteis, Röm. Privatrecht, S. 100, der erklärt, die Inkompatibilität der Delationsgründe sei „nur als Wirkung der primären persönlichen Repräsentationsidee“ zu verstehen.

[1] S. auch Hofmann, Kritische Studien, S. 112, und Mitteis, R. Pr.-R., S. 93 ff. Seit der großen Ausdehnung der Transmission im Justinianischen Recht ist das Recht aus der Delation auch als Vermögensrecht aufzufassen. S. Hofmann, a. a. O. S. 73.

[2] Und zwar Fortsetzer der vermögensrechtlichen, nicht der ökonomischen Persönlichkeit. Darüber Hofmann, Zur Lehre v. benef. invent., Zeitschr. für das Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart, VIII, S. 566 ff.

[3] Zu dieser Frage s. l. 3, D. fam. ercisc. 10, 2 und Buhl, Salvius Julianus, S. 175.

[4] S. Steinlechner, Schwebendes Erbrecht, II, S. 265.

[5] Zu dieser Stelle vgl. Gaj. III, 82; § 1, J. de acquis. per arrog. 3, 10; l. 11, § 2, D. de bonor. poss. 37, 11 und Czyhlarz, Dotalrecht, S. 11; Mandry, a. a. O. I, § 21 u. 43; Mitteis, Röm. Privatrecht, S. 99; vgl. auch Kniep, Gaj. Inst. comm. tertius, S. 185 und Steinlechner, Schwebendes Erbrecht, II., S. 265, sowie die dortselbst verzeichnete Literatur.

und nicht ultra vires der dos. Insofern war vom Prätor in diesem Falle ein von den im Erbrecht geltenden Grundsätzen abweichender Vermögensbegriff[1] geschaffen worden, der die Schulden nicht mit umfaßte. Wenn man die Frage aufwerfen darf, wieso die Römer schon so frühzeitig, wenn auch nur im Erbrecht, zur Auffassung der Schulden als Bestandteilen des Vermögens gelangt sind, so scheint mir die hiefür von Hofmann gegebene Erklärung das Richtige zu treffen. Er führt aus, daß, wenn man den Gedanken der persönlichen Natur der obligatio bis zur äußersten Konsequenz durchgeführt hätte, so hätte die obligatio mit dem Tode des Gläubigers oder Schuldners erlöschen müssen; jene Konsequenz hätte aber eine Vernichtung des Kredites mit sich gebracht und habe man deshalb den Erben als Repräsentanten des Erblassers angesehen. Man spreche somit von den Konsequenzen der Idee der Universalsukzession; man sollte aber auch nicht übersehen, daß die römische Auffassung der obligatio nicht wenig zur Entwicklung der Idee der Repräsentation beigetragen habe.[2] „In die persönliche Seite der obligatio ist eine Nachfolge undenkbar; um dennoch eine persönliche Haftung des Erben statuieren zu können, müßte man die Schulden des Erblassers gleichsam auf das Vermögen projizieren."[3]

---

[1] Wie der Prätor gegen den iure civili eintretenden Schuldenuntergang durch a. fictitia Abhilfe schuf, s. Mandry, a. a. O. I., § 43, und Mitteis, Röm. Privatrecht, S. 99. Daß es sich dabei nicht um einen Ausfluß der Billigkeit, sondern um einen Fortschritt der Rechtsüberzeugung handelte, da nicht nur die ökonomische, sondern auch die ethische Seite des Kredites dies forderte, wird treffend bei Hofmann, Benef. inventarii, l. c., S. 571, ausgeführt. Daß man dem persönlichen Gläubiger des Arrogierten gegen den Arrogator die a° de peculio gewähren wollte, indem man das Vermögen des Arrogierten als ein dem pater arrogator zugefallenes peculium betrachtete, beweist l. 42, D. de pec. 15, 1: In adrogatorem de peculio actionem dandam quidam recte putant, quamvis Sabinus et Cassius ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam existimant.

[2] Fast wörtliche Wiedergabe des von Hofmann, a. a. O. S. 563, Gesagten.

[3] Hofmann, a. a. O. S. 563.

BEDINGTE NOVATION UND PACTUM IM RÖMISCHEN RECHT.

VON
PAUL KOSCHAKER.

Die bedingte Novation hat in der jüngsten Zeit in der Literatur mehrfach Beachtung gefunden.[1] Nachdem schon vor einigen Jahren Filippo Vassalli in einer der Bedingungslehre gewidmeten Untersuchung[2] die Echtheit der Überlieferung im Corpus iuris in dieser Materie mit Erfolg angegriffen hatte, hat jüngst Erich Hans Kaden[3] sie gründlich erörtert. Fast gleichzeitig mit Kaden und unabhängig voneinander sind von anderen Gesichtspunkten aus zwei aus der Schule Salvatore Riccobonos hervorgegangene Gelehrte an das Problem herangekommen: der Italiener Andrea Guarneri-Citati in seinen wertvollen Untersuchungen zur Verzugslehre[4] und der Tscheche Miroslav Boháček in einer fr. 72, 1—3, D. 46, 3, gewidmeten Betrachtung.[5]

Bei einer so intensiven literarischen Bearbeitung des Problems liegt es in der Natur der Sache, daß die folgenden Zeilen nicht mehr bringen wollen und können als eine kritische Nachlese, die aber angesichts der noch immer nicht unbeträchtlichen Divergenzen der jüngsten Untersuchungen vielleicht doch nicht ohne jeden Nutzen ist.

§ 1.

I. Als gesichert darf heute gelten die Beurteilung der bedingten Novation vom Standpunkte des ius civile aus: sie entfaltet vor Eintritt der Bedingung

---

[1] Aus der älteren Literatur vgl. Kniep, Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligatio (1860), nicht wesentlich anders in seinem Gaiuskommentar, III.2 (1917), 388 f.; Römer, Die bedingte Novation (1863); v. Salpius, Novation und Delegation (1864), 151 f.; Salkowski, Zur Lehre von der Novation nach röm. Recht (1866) 437 f.; Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin (1889), 523 f. Wenngleich sie noch nicht mit den Mitteln der modernen Quellenkritik arbeitet, so enthält sie doch, wie gerade unsere Untersuchung zeigen wird, auch heute noch wertvolle Gesichtspunkte.

[2] „Dies vel condicio" im B(ullettino dell') I(stituto di) D(iritto) R(omano), 27 (1914), 192 f., insbesondere 222 f.

[3] „Ein Beitrag zur Lehre von der bedingten Novation" in der S(avigny) Z(eitschrift, rom. Abt.), 44 (1924), 164 f.

[4] „Contributo alla dottrina della mora nel diritto Romano" in den Annali del seminario giuridico dell' università di Palermo, 11 (1923), insbesondere 116 f. (des Separatabdrucks).

[5] „Note esegetiche. 2. La dottrina di Marcello sulla mora e la novazione condizionale" in der in N. 4 genannten Sammlung 11, 331 f., insbesondere 341 f.

überhaupt keine Wirkungen und läßt daher die alte Obligation völlig intakt. Das sagt Gaius, III., 179, mit dürren Worten: *quod autem diximus, si condicio adiciatur, novationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si condicio extiterit; alioquin si defecerit, durat prior obligatio,*[1] und wird auch durch andere Stellen bestätigt.[2] Über diesen Punkt besteht auch Einigkeit in der Literatur.[3]

Diese Gestaltung der bedingten Novation entspricht ganz der Auffassung, welche die klassischen Juristen von den Wirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts überhaupt hatten. Demnach traten diese erst bei Erfüllung der Bedingung ohne Rückwirkung ein. Vorher ist das bedingte Rechtsgeschäft wirkungslos. Dieses Resultat in den Grundlinien aus den Quellen herausgearbeitet zu haben, ist das unbestreitbare Verdienst der oben Note 2 genannten Arbeit

---

1 Allerdings weiß Gaius l. c. von einer abweichenden Auffassung des Servius Sulpicius zu berichten, die aber nicht durchdrang. Nach ihr sollte auch bei bedingter Novationsstipulation die Novation sofort eintreten, so zwar, daß bei Ausfall der Bedingung auch aus der alten Obligation nicht mehr geklagt werden konnte. Einiges Licht auf die Gründe, die Servius zu dieser Lösung bestimmten, wirft der Umstand, daß nach Gai. l. c. Servius „folgerichtig“ *(consequenter)* Novation auch dann annahm, wenn mit einem Sklaven die Novationsstipulation geschlossen wurde, aus der dann nicht geklagt werden konnte, so daß sofort *res periit.* Der herrschenden Meinung entsprach dies, wie wir aus Gaius, III., 176 erfahren, nicht. Nach dieser war hier vielmehr die Novation nichtig, wie wenn der Gläubiger *postea a nullo stipulatus fuisset.* Erwägt man nun, daß nach der herrschenden Meinung das Wesen der Novation darin bestand, daß *nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem* (Gaius, III., 176), eine Regel, die allerdings durch gewisse Ausnahmen durchbrochen war (Gaius, III., 176, D. 46, 2, 1 Ulp., in der ursprünglichen Gestalt; vgl. Siber, Naturalis obligatio, 33 [Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, 11]), so sieht man den Unterschied von der Ansicht des Servius klar. Ihm kam es nicht darauf an, ob aus der Novationsstipulation eine Obligation entstand, sondern nur auf die Form, auf die Tatsache, daß de eadem re eine Stipulation stattgefunden hatte. Vgl. schon Römer, 105; Enneccerus, 523 f., unrichtig Salkowski, 438[3], Kniep, Gaius, III.2, 393 f. Daher Novation bei der Stipulation eines Sklaven, die „noch weniger als eine nulla obligatio“ erzeugte (Siber, a. a. O. 23), daher auch sofortige Novation bei bedingter Stipulation, die wenigstens bis zum Eintritt der Bedingung keine Obligation hervorbrachte. Servius hatte daher — und dies festzustellen ist nicht unwichtig — von der Wirkung der Bedingung keine andere Auffassung als die übrigen Juristen. Ob er freilich von diesem formalistischen Standpunkt aus, der keine Rücksicht auf den Zweck der Novation nahm, auch das weitere von Gaius, III., 179, gebrachte Beispiel, die Novationssponsion eines Peregrinen anders als die herrschende Meinung entschieden hätte, mag zweifelhaft sein. Denn hier war nicht einmal die Form gewahrt. Allerdings scheinen nach Gaius, III., 119, in der kontroversen Frage, ob für die sponsio eines Sklaven oder Peregrinen ein sponsor oder fidepromissor sich gültig verbürgen könne, der Sklave und Peregrine nicht verschieden behandelt worden zu sein.

2 D. 46, 2, 14 pr., Ulp.: *Quotiens quod pure debetur [novandi causa] sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio extiterit.* Vgl. ferner D. 46, 2, 24 Pomp. und dazu Boháček, 336 f.

3 Vgl. Vassalli, 222 f.; Kaden, 166 f.; Boháček, 362 f.; ferner Guarneri-Citati, 118 f.

Vassallis, das ihr durch Mängel, die ihr sonst anhaften, nicht geschmälert wird.[1]

Eine bemerkenswerte Folgerung aus dieser Lehre zieht Labeo in D. 23, 3, 80, Javol. l. 6 ex posterioribus Labeonis: *Si debitor mulieris dotem sponso promiserit,*[2] *posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere neque eo nomine postea debitorem viro obligatum futurum ait Labeo.*[3]

Der Gedanke, daß in der Dotalstipulation die nachfolgende Eheschließung als condicio tacita enthalten sei, ist, wie Riccobono, SZ., 43, 352 f., nachgewiesen hat, allerdings byzantinisch. Daraus folgt aber noch nicht, daß aus einer solchen Stipulation nach klassischem Recht sofort geklagt werden kann. Denn die Stipulation wurde dotis causa geleistet — dasselbe gilt um so mehr für die dictio dotis — und der Hinweis darauf stand in der Formel der Stipulation, beziehungsweise der dictio.[4] Sie kann daher ihre obligierende Kraft erst mit der Eheschließung entfalten[5] und steht insofern einer bedingten Stipulation gleich. Daher kann das Dotalversprechen des Schuldners der Frau ohne weiteres als bedingte Novation gelten und es ist nicht notwendig, mit Kaden, 172 f., die Beifügung der Bedingung „*si nuptiae secutae fuerint*“ für den Text zu unterstellen. Indem nun Labeo lehrt, daß die Frau vor der Eheschließung ihren Schuldner verklagen könne, betont er auf das schärfste, daß das novatorische Versprechen die alte Obligation völlig unberührt läßt.

Indessen scheint diese extreme Formulierung der zivilrechtlichen Auffassung von der bedingten Novation bald modifiziert worden zu sein. Gaius, III., 179, nachdem er, wie oben S. 119 angeführt, den Standpunkt des Zivilrechts entwickelt hat, fährt fort: *sed videamus, num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conventi exceptione possit summoveri, quia videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis exstiterit condicio.*

Die Stelle hat, wie sie dasteht, nur beschränkte Bedeutung. Nachdem Gaius, III., 177, ausgeführt hat, daß zur Novierung einer Verbalobligation inter easdem personas *aliquid novi* der Novationsstipulation erforderlich sei, z. B. eine Bedingung, berichtet er III., 179 von der bedingten Novation. Es schwebt ihm

---

[1] Vgl. auch das Urteil Riccobonos, Studi in onore di S. Perozzi, 352 f., dem ich voll zustimme.

[2] Javol. *dixerit?* Dagegen Berger, Anzeiger der Krakauer Akademie, h.-ph. Kl. (1909), 79. Allein man sagt nicht bloß *doti,* sondern auch *dotem dicere* (Ulp. 6, 2), und daß das Versprechen vom Schuldner der Frau geleistet wird, ist doch ein Indiz. Die Frage ist übrigens für uns ohne Belang.

[3] Über den interpolierten Schluß des Fragments s. unten S. 124.

[4] Daher, wie schon Kaden, 173[1], vermutet, wohl unecht D. 23, 3, 23 Ulp., wonach bei der Dotalstipulation die *dotis adiectio* überflüssig sei. Dies ist verständlich vom Gedanken der condicio tacita aus — in der Tat ist für Stephanus Schol. *προϊκά τις* bei Heimbach, III., 364, die dotis adiectio = der Bedingung *si nuptiae secutae fuerint* — sowie für das justinianische Recht, für das die Stipulation immer ein kausales Versprechen ist.

[5] Vgl. auch Riccobono, Studi Perozzi, 362[2], bezüglich der dictio dotis.

daher anscheinend noch immer der in III., 177 erwähnte Fall vor,[1] wenn er weiter zur Erwägung stellt, ob in der Novationsstipulation nicht der Abschluß eines pactum de non petendo enthalten sei, das nicht nur pendente condicione, sondern dauernd, d. h. insbesondere auch nach Vereitlung der Bedingung, der Klage aus der alten Obligation, die ja zivilrechtlich fortdauert, im Wege stehe.[2] In der Tat entspricht dies der Absicht der Parteien, die im Falle, als sich die alte und neue Obligation nur durch die Bedingung unterscheiden, vernünftigerweise nur dahin gehen kann, daß in Hinkunft die Forderung nur aus der neuen Obligation geltend gemacht werden soll. Da aber nach ius civile die alte Obligation unverändert weiter besteht, so kann diese Parteiabsicht nur durch das prätorische Recht, d. h. durch exceptio pacti[3] verwirklicht werden. Gaius stellt diese Konstruktion nur zur Erwägung, ohne uns seine eigene Meinung zu sagen, wenngleich seine Ausdrucksweise erkennen läßt, daß er ihr sympathisch gegenübersteht.[4] Daraus braucht aber nicht geschlossen zu werden, daß es sich um eine Streitfrage handelte, auf die sonst häufig Gaius, ohne je zu ihnen Stellung zu nehmen, hinweist.[5] Es mochte der Technik eines Anfängerlehrbuchs vielleicht auch entsprechen, auf schwierigere Probleme lediglich aufmerksam zu machen, ohne sie weiter zu erörtern.

II. Indessen darf wohl als sicher gelten, daß Gaius diese Konstruktion nicht erfunden hat. Woher hat er sie aber? Hier gewinnt Bedeutung eine bereits von Sabinus und Cassius begründete Lehre, daß in den Formalgeschäften des ius civile ein vertragliches Element in Gestalt eines pactum enthalten sei oder sein könne. Wir danken dieses Ergebnis, dessen Wichtigkeit kaum überschätzt werden kann, Riccobono.[6] Mit dieser Theorie war ein außerordentlich wichtiges und praktisches Instrument gewonnen, den Formalismus des Zivilrechts zu korrigieren und zu überwinden. Denn das formlose pactum war in der Auslegung nicht durch den Geschäftsformalismus eingeengt, bei ihm konnte sich allmählich auch eine freiere Interpretation durchsetzen[7] und so das *id quod actum est,* der Wille der Parteien zur Geltung gebracht werden, dem das

---

[1] So Kniep, Einfluß d. bed. Nov., 10f.; Römer, 109; Salpius, 158; Salkowski, 440; H. Krüger, Exceptio doli, 160f.; Kaden, 171[1].

[2] Vgl. schon Windscheid, Münchner Krit. Vierteljahrschr., II., 243, gegen Kniep, a. a. O. 10, 22, der die exceptio pacti nur pendente condicione zulassen wollte, eine Ansicht, die er Gaiuskommentar, III.2, 389, aufgibt. Unrichtig Römer, 108; Vgl. auch Kaden, 182f.

[3] Über die von Gaius neben der exceptio pacti genannte exceptio doli vgl. unten S. 50.

[4] A. M. Kniep, Gaius, III.2, 390f.

[5] Kniep, Der Rechtsgelehrte Gaius, 65f.

[6] Vgl. schon die kurze Notiz „La nozione del contractus e la propagazione degli elementi del contractus ai negozî solenni del ius civile" im Bullettino della R. Accademia di Scienze di Palermo (1918), 11—14, weiter ausgeführt in der Studie „Dies vel condicio nella costituzione delle servitù" in der R(evue d') H(istoire du) D(roit), III. (1922), 343f.

[7] Über die Auslegung der pacta s. unten S. 139f.

formale ius civile keinen oder nur beschränkten Spielraum ließ. Selbstverständlich konnte dieses pactum nur nach prätorischem Recht, d. h. durch exceptio Wirkungen entfalten. Erst das nachklassische Recht mit seiner Synthese von zivilem und prätorischem Recht[1] hat diese exzeptionsmäßige in ipso-iure-Wirkung umgestaltet.

Man erkennt ohne Schwierigkeit, daß die von Gaius, III., 179, vorgetragene Konstruktion nur einen Anwendungsfall der sabinischen Lehre enthält. Es ist daher verlockend, Spuren dieser Lehre in Ansehung der bedingten Novation auch bei anderen Juristen nachzugehen.[2] Wir gehen hiebei chronologisch vor.

1. D. 12, 1, 36, Javolen: *Pecuniam, quam mihi sine condicione debebas, iussu meo promisisti Attio sub condicione: [cum pendente condicione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tamquam sub contrariam condicionem eam mihi spopondisti,] si pendente condicione petam, an nihil acturus sim? respondit: non dubito, quin mea pecunia, quam ipse sine condicione stipulatus sum, etiam si condicio in persona Attii, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub condicione stipulatus est, non extiterit, credita esse permaneat (perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset): [pendente autem causa condicionis idem petere non possum, quoniam, cum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor.]*

Ich will mich bei den Interpolationen der Stelle nicht aufhalten. Sie sind überzeugend von Vasalli, 226 f., und Kaden, 174 f., nachgewiesen worden. Byzantinisch ist insbesondere die Auffassung, daß durch die bedingte Novation die alte Obligation in eine solche unter entgegengesetzter Bedingung umgewandelt werde.[3] In ihr prägt sich der Gedanke aus, daß die bedingte Obligation auch schon pendente condicione Wirkungen entfalte,[4] ein Gedanke, der der

---

1 Das ist bekanntlich die Hauptthese Riccobonos, die er in einer Reihe von Schriften behandelt. Vgl. „Dal diritto Romano classico al diritto moderno", Palermo 1917, insbesondere 528 f., SZ., 43, 344 f., und neuestens „Diritto Romano e diritto moderno", discorso inaugurale, Palermo 1925.

2 Kaden hat sich, so Richtiges er im einzelnen beobachtet (vgl. z. B. S. 182 f., 185 f.), diese Frage nicht gestellt und ist daher, wie schon vor ihm Vassalli in seinen Interpolationenannahmen, wie ich zu zeigen hoffe, meist zu radikal. Richtig Boháček, 364 f., dessen Schlußfolgerungen ich aber nicht überall beizustimmen vermag.

3 Dies war auch herrschende Lehre des älteren gemeinen Rechts. Vgl. die Literaturnachweise bei Römer, 85 f.

4 Vgl. Kaden, 185 f., 188 f. Er führt die Neuerung auf den animus novandi des justinianischen Rechts zurück. Dies ist richtig, insoferne dabei dem Willen der Parteien eine entscheidende Rolle zukommt. Nur übersieht er, daß in dieser Richtung, wie noch zu zeigen sein wird, von den Klassikern weit vorgearbeitet worden war. Klassisch ist hingegen die Lehre, daß durch bedingte ademptio legati das Legat in ein solches unter entgegengesetzter Bedingung umgestaltet werde. Sie hat mit der bedingten Novation nichts zu tun. Vgl. Enneccerus, 538 f.; Ferrini, Teoria dei legati, 328, 565 f., und neuestens Boháček, Ademptio legati, 47 f. (Bibliothek der Rechtsfakultät der Komensky-Universität in Preßburg, 10 [1925], tschechisch.)

zivilrechtlichen Anschauung, daß das bedingte Rechtsgeschäft erst mit Erfüllung der Bedingung in juristische Existenz trete, diametral entgegengesetzt war. Auf die Byzantiner, weil nur eine logische Folgerung ihrer Auffassung, geht daher auch die Entscheidung zurück, daß pendente condicione aus der alten Obligation aus dem Gesichtspunkte einer plus petitio tempore nicht geklagt werden könne.

Aber sollte Javolen, wie V a s s a l l i und K a d e n meinen, in der Tat sich darauf beschränkt haben, zu konstatieren, daß die alte Obligation während des Schwebens der Bedingung der Novationsstipulation unverändert bleibe und daher aus ihr geklagt werden könne? War ferner dieser feststehende Satz des Zivilrechts überhaupt geeignet, zum Gegenstande einer Anfrage an den Juristen gemacht zu werden, ja noch mehr, sollte ein Jurist vom Range Javolens ein Responsum über eine so selbstverständliche Sache der Veröffentlichung gewürdigt haben? Javolen war Haupt der Sabinianer,[1] die vorhin erwähnte Lehre des Sabinus war ihm gewiß bekannt. Sollte er von ihr, wie später Gaius, im vorliegenden Falle keine Nutzanwendung gemacht haben? Fragen wir uns, wie er hätte entscheiden müssen. Er hätte gesagt: wenn ich meinen Schuldner dem Attius unter einer Bedingung delegiere, so geht mein und aller Beteiligten Wille offenbar dahin, den Schuldner nicht in Anspruch zu nehmen, solange die Bedingung schwebt, da ich ja sonst das Recht des Attius vorzeitig vereiteln könnte. Zivilrechtlich ist die sofortige Klage gegen den Schuldner allerdings zulässig, aber ich schließe mit dem Schuldner, der iussu meo dem Attius verspricht, gleichzeitig ein pactum de non petendo, das meiner Klage entgegensteht.[2] Ein Indiz, daß Javolen in der Tat so argumentiert und entschieden hat, glaube ich in dem Satze *in persona Attii, qui ex m e a v o l u n t a t e eandem pecuniam sub condicione stipulatus est* zu finden. Dieser Relativsatz mit dem Hinweis auf die voluntas des Deleganten ist überflüssig sowohl vom Standpunkt des Zivilrechts aus, nach dem die alte Obligation unverändert fortbestand, wie auch für die Byzantiner, für die ja schon durch die bedingte Novation die alte Obligation sofort verändert wurde. Er könnte daher in der vorliegenden Fassung der Stelle ohne Schaden gestrichen werden. Er war aber nicht überflüssig für den von uns vermuteten Gedankengang Javolens, der das pactum de non petendo auf die voluntas der Parteien, insbesondere des Deleganten stützen mußte. Ich vermute daher, daß er bei der Umarbeitung der Ausführungen des Klassikers versehentlich stehenblieb.

Ich fasse zusammen: die Entscheidung in D. 12, 1, 36 ist echt, byzantinisch ist nur die Begründung. Aber gerade sie ist für den Wandel der Anschauungen

---

1 P. K r ü g e r, Röm. Quellengeschichte², 177.

2 Es ist kaum ein Zufall, daß diejenigen gemeinrechtlichen Schriftsteller, welche die Lehre von der sofortigen Umwandlung der alten Obligation in eine solche unter entgegengesetzter Bedingung ablehnen, gerade hier mit dem pactum de non petendo operieren. Vgl. R ö m e r, 116 f.; E n n e c c e r u s, 552 f.

höchst charakteristisch. Was der Klassiker nur durch das Gegenspiel von Zivil- und prätorischem Recht zu erreichen vermochte, tritt für die Kompilatoren schon ipso iure ein. Die Klage aus der alten Obligation wird nicht mehr durch exceptio pacti zurückgeschlagen, sie ist schon ipso iure unzulässig, weil sie die Klage aus einer bedingten Obligation ist.

2. Auf Grund dieser Erkenntnis bietet es keine Schwierigkeit, die Entscheidung Javolens in D. 23, 3, 80 = D. 23, 3, 83 (vgl. oben S. 120) zu rekonstruieren. Auf die Entscheidung Labeos, daß die Frau den von ihr zur promissio (dictio) dotis delegierten Schuldner vor der Eheschließung klagen könne, folgt der Satz: *falsum est, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa esset.* Er ist interpoliert, wie Vassalli, 225 f.; Kaden, 172 f., nachgewiesen haben. Das zeigt schon der sprachlich allerdings sehr unpräzis formulierte Gedanke, daß die alte Obligation in eine bedingte verwandelt wird.[1] Aber auch hier ist mit der Streichung die Stelle noch nicht geheilt, insoferne Javolen höchstwahrscheinlich sich nicht Labeo angeschlossen, sondern gegen die Klage der Frau eine exceptio empfohlen haben wird, die er auf ein gleichzeitig mit der Delegation zwischen der Frau und ihrem Schuldner abgeschlossenes pactum de non petendo intra tempus gründete.

3. D. 45, 1, 56, 8, Jul.: *Si hominem, quem a Titio pure stipulatus fueram, Seius mihi sub condicione promiserit et is pendente condicione post moram Titii decesserit, confestim cum Titio agere potero, nec Seius existente condicione obligetur: at si Titio acceptum fecissem, Seius existente condicione obligari potest. idcirco haec tam varie, quod homine mortuo desinit esse res, in quam Seius obligaretur: acceptilatione interposita superest homo, quem Seius promiserat.*

Von allen Forschern, die sich in der letzten Zeit mit dieser Stelle beschäftigt haben, hat nur Kaden, 181 f., die Unversehrtheit ihrer Überlieferung angegriffen. Er streicht den Satz *confestim cum Titio agere potero,* weil nach dem zivilrechtlichen Satze, daß die bedingte Novation die alte Obligation intakt lasse, kein Grund einzusehen sei, warum der Gläubiger mit der Klage bis zum Tode des versprochenen Sklaven post moram debitoris hätte warten sollen. Allerdings hätte Kaden auch die Worte *post moram Titii* tilgen müssen. Denn Julian würde — die Richtigkeit der Korrektur Kadens vorausgesetzt — nur die Frage untersuchen, ob es nach Untergang des Leistungsobjekts auch bei Eintritt der Bedingung noch zu einer Novation kommen könne, und sie verneinen, weil für die Novationsstipulation *desinit esse res, in quam Seius (debitor) obligaretur.*[2] Aber gerade dann müßte es gleichgültig sein, ob der Leistungs-

---

[1] Vgl. die Emendationen bei Eisele, SZ., 30, 130. Was Römer, 106, Enneccerus, 539 f., dagegen ausführen, schlägt nicht durch.

[2] Die Klassizität dieser Entscheidung, die auch durch andere insoweit unverdächtige Stellen bestätigt wird (vgl. D. 46, 2, 14 pr., 31 pr.; D. 46, 3, 72, 1), ist nicht zu bezweifeln und entspricht dem gerade für die Stipulation geltenden Satz impossibilium nulla obligatio. In D. 46, 2, 31 pr. (Venuleius) taucht allerdings, und zwar im Widerspruche zum

gegenstand ohne Leistungsverzug oder erst nach diesem untergegangen war.[1] Da nun Julian im weiteren Verlaufe seiner Ausführungen[2] sich nur mit der Frage nach der Möglichkeit der Novation beschäftigt, so läßt sich nicht leugnen, daß nach der Rekonstruktion Kadens das Fragment inhaltliche Geschlossenheit gewinnt. Aber diese Erwägung genügt nicht, seine Korrekturen zu tragen, weil kein Grund einzusehen ist, warum die Kompilatoren die mora des Altschuldners hätten erst einfügen sollen.[3] Wir könnten daher nur dann Kaden folgen, wenn die überlieferte Fassung des Fragments keinen mit den Grundsätzen des klassischen Rechts verträglichen Sinn ergäbe.

Vorerst gilt es, den Tatbestand zu klären. Wer die Stelle unbefangen liest — man beachte die Reihenfolge *stipulatus fueram, Seius . . . sub condicione promiserit et (servus) . . . post moram decesserit* —, muß wohl annehmen, daß der Verzug erst nach Abschluß der Novationsstipulation eintrat.[4] Hier erhebt sich aber sofort ein Bedenken. Wenn Julian ein Anhänger der Lehre des Sabinus war, daß in der bedingten Novation ein pactum de non petendo, zumindest für die Zeit der Bedingungspendenz, enthalten sei, wie konnte er überhaupt noch von Verzug des Schuldners sprechen, wenn durch dieses pactum die Fälligkeit der alten Schuld hinausgeschoben wurde? Indessen ist dieser Einwand nur ein scheinbarer. Der Schuldnerverzug und seine Wirkungen, insbesondere die perpetuatio obligationis sind zivilrechtlich.[5] Sie können durch eine vom Prätor genehmigte exceptio zwar paralysiert, aber nicht rechtlich beseitigt werden. Zwar lesen wir in D. 12, 1, 40 gerade mit Beziehung auf die Stipulation den Satz: *non enim in mora est, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest;* allein, wie Guarneri-Citati, BIDR, 32, 269 f., kürzlich nach-

---

Beginne des Fragments, der Gedanke auf, daß Untergang des Leistungsgegenstands bei späterer Erfüllung der Bedingung die Novation nicht mehr zu hindern vermöge, sobald einmal die alte Obligation durch den Verzug des Schuldners perpetuiert worden sei, und Haymann, SZ., 41, 81 f., ist geneigt, dieses Prinzip für klassisch zu halten. Er hat aber bei Guarneri-Citati, 122 f.; Boháček, 355 f.; Kaden, 200 f., Widerspruch gefunden, wie ich glaube, mit Recht. Die betreffenden Stellen in D. 46, 2, 31 pr.; D. 45, 1, 29, 1 sind, wie Vassalli, 223; Guarneri-Citati, 140 f.; Boháček, 347 f., 352 f.; Kaden, 192, nachgewiesen haben, interpoliert.

[1] In der Tat macht Ulpian, D. 46, 2, 14 pr., diese Unterscheidung nicht: *Quotiens quod pure debetur [novandi causa] sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio extiterit. et ideo, si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo condicio impletur.*

[2] Dazu Boháček, 346. Anders Haymann, SZ., 41, 99 f.

[3] Dies um so mehr, als sie sich durch eine solche Einfügung in Widerspruch zu dem in D. 46, 2, 31 pr. vorgetragenen Satze gebracht hatten, daß nach eingetretener Perpetuation der alten Schuld die Novation nicht mehr durch Untergang der Leistung gehindert werden könne, nicht minder aber zur Lehre des Marcellus in D. 46, 3, 72, 1—3. Darüber unten S. 131 f.

[4] A. M. Kaden, 199. Wie im Texte Boháček, 345, und Haymann, SZ., 41, 91, dessen weiteren Ausführungen ich aber nicht folgen kann.

[5] Vgl. Genzmer, SZ., 44, 100 f.

gewiesen hat, ist er interpoliert und gibt justinianisches Recht wieder, für das allerdings eine actio, der eine exceptio gegenüberstand, keine actio mehr war.[1]

Für Julian war es daher kein Widerspruch, wenn er trotz des in der bedingten Novation enthaltenen pactum de non petendo den Eintritt des Verzugs und der Perpetuation bezüglich der alten Schuld behauptete.[2] Umgekehrt erbringt die Stelle gerade Beweis dafür, daß Julian auf dem Boden der Lehre des Sabinus stand. Hätte er noch die Meinung Labeos (D. 23, 3, 80, oben S. 120) geteilt, daß die bedingte Novation auch iure praetorio die alte Schuld nicht beeinflusse, so hätte er dem Gläubiger die Klage sofort nach Fälligkeit und nicht erst nach dem Tode des geschuldeten Sklaven geben müssen. Bis dahin muß ihr daher ein Hindernis entgegenstehen und das kann nur die exceptio pacti[3] sein, die allerdings mit dem Tode des Sklaven entfällt. Denn nunmehr kann, *quia desinit esse res, in quam debitor obligaretur,* die Novation nicht mehr zustande kommen und der Satz des Gaius III., 179 *durat prior obligatio* kommt uneingeschränkt zur Geltung, da nach Absicht der Parteien das pactum nur für die Dauer der Pendenz der Bedingung gilt. Die Entscheidung Julians *confestim cum Titio agere potero* ist daher mit dem klassischen Recht durchaus verträglich und es besteht kein Grund, sie mit Kaden als unecht zu verwerfen. Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, daß sie die Kompilatoren sprachlich verändert haben. Anstoß erregt sie insoferne, als sie den Schluß nahelegt, vor dem Tode des Sklaven sei die Klage überhaupt nicht möglich gewesen. Das ist eher die Denkungsweise der Byzantiner als der Klassiker, für die eine entgegenstehende exceptio das zivilrechtlich zulässige agere nicht ausschließt, sondern nur hemmt. Ferner wird Julian seine Entscheidung wohl aus der exceptio pacti begründet haben, was die Kompilatoren strichen. Der Grund liegt auf der Hand. Wenn für sie, wie wir aus D. 12, 1, 36 wissen, mit der bedingten Novation die alte Schuld sich in eine solche unter entgegengesetzter Bedingung umwandelte, so war pendente condicione die Klage aus der alten Obligation schon ipso iure ausgeschlossen und die exceptio pacti entbehrlich.[4]

---

[1] Vgl. Riccobono, SZ., 43, 292 f.; Guarneri-Citati, 84. Klassisch ist natürlich der Satz *nulla enim intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est* ausgesprochen für die nicht autorisierte Schuld des Pupillen in D. 45, 1, 127. Vgl. zur Stelle Solazzi, Rivista Ital. per le scienze giur. 61, 5 f. Zu D. 2, 14, 54 s. unten S. 137 f.

[2] Vgl. auch Guarneri-Citati, 116, 120 f.; Boháček, 345; Kaden, 192. Dieselbe Auffassung noch bei Venuleius, wie sich aus den echten Teilen des fr. 31 pr., D. 46, 2 ergibt. Guarneri-Citati, l. c.; Boháček, 347.

[3] Eventuell die exceptio doli. Vgl. unten S. 129.

[4] Die Auslegung der Stelle im Texte ist nicht neu. Man findet sie der Hauptsache nach bei einem Schriftsteller, der die kompilatorische Lehre fürs gemeine Recht bekämpfte, bei Enneccerus, 556 f. Der Vollständigkeit halber sei noch des von Julian anscheinend nicht erwähnten Falles gedacht, daß die Novation erst nach Eintritt des Verzugs des Altschuldners stattfand. Wie er entschieden haben mochte, läßt sich unschwer

Ein Bedenken bleibt freilich noch immer. Die Annahme eines pactum de non petendo im Sinne der sabinischen Lehre bot in den bisher besprochenen Stellen, die alle Activdelegationen zum Gegenstande hatten, keine Schwierigkeiten. In D. 45, 1, 56, 8 haben wir es jedoch mit einer expromissio zu tun, bei der mit keinem Worte gesagt ist, daß sie auf Delegation des Urschuldners hin erfolgte. Läge sie vor, so könnte in ihr auch der Abschluß eines pactum de non petendo zwischen Gläubiger und Urschuldner erblickt werden. Wenn aber der Neuschuldner ohne oder gar gegen den Willen des Altschuldners die expromissio dem Gläubiger leistet, so könnte eine exceptio pacti jenes nur aus einem pactum zugunsten Dritter hergeleitet werden, das aber mit den Prinzipien des klassischen Rechts unverträglich erscheint.[1] Die im folgenden zu besprechenden Stellen werden uns Gelegenheit geben, auf diese Frage zurückzukommen.

4. D. 2, 14, 30, 1, Gaius: *Qui pecuniam a servo stipulatus est, quam sibi Titius debebat, si a Titio petat, an exceptione pacti conventi summoveri et possit et debeat, quia pactus videtur, ne a Titio petat, quaesitum est. Julianus ita summovendum putat, si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est, id est si iustam causam intercedendi servus habuit, quia forte tantandem pecuniam Titio debuit: quod si quasi fideiussor intervenit, ex qua causa in peculium actio non daretur, non esse inhibendum creditorem, quominus a Titio petat: aeque enim nullo modo prohiberi eum debere, si servum liberum esse credidisset.*

Die Novationsstipulation eines Sklaven ist wirkungslos, die alte Obligation bleibt daher in Kraft, *ac si postea a nullo stipulatus fuissem* (Gaius, III., 176, 179 i. f.). Gleichwohl zieht Gaius eine Wirkung iure praetorio in Erwägung,[2] indem die Novationsstipulation ein pactum de non petendo vermittelt, das eine exceptio pacti gegenüber der Klage des Gläubigers gegen den Altschuldner erzeugt. Die Konstruktion dieses pactum hat schon Faber,[3] dem wir eine vorbildliche Exegese der Stelle danken, Schwierigkeiten bereitet. Er führt l. c. 219 aus: est omnino hic locus intelligendus de creditore, qui quod sibi Titius

vermuten. Wenn die Novation den Eintritt des Verzugs nicht zu hindern vermag, so kann sie um so weniger den bereits eingetretenen Verzug modifizieren. Daher unter Berücksichtigung des pactum de non petendo Klagemöglichkeit auch hier erst nach dem Tode des Sklaven. Über die abweichende Lehre des Marcellus s. unten S. 131 f.

[1] Vgl. D. 50, 17, 73, 4 (Qu. Mucius Scaev.); D. 2, 14, 17, 4 u. 6 (Paul.). Vgl. schon Kniep, Einfluß d. bed. Nov. 17 f.; H. Krüger, Beiträge zur Lehre von der exceptio doli, 119 f. Was Römer, 117 f., unter Zustimmung von Enneccerus, 553 f., mit Rücksicht auf den Umstand, daß ein Dritter auch gegen den Willen des Schuldners erfüllen könne, gegen dieses Bedenken geltend macht, ist nicht ausreichend.

[2] Expromissio des Sklaven für den Schuldner seines Herrn läßt übereinstimmend mit fr. 30, 1 cit., zwar die alte Schuld bestehen, erzeugt aber eine klaglose, deduktionsfähige Sklavenschuld. D. 15, 1, 56; 11, 1, dazu Siber, Naturalis obligatio, 38.

[3] Rationalia in pandectas, I., 218 f.

debebat stipulatus sit a servo Maevii ... interposita delegatione aut saltem per stipulationem factam Titio sciente et consentiente. Nam si poneres hanc stipulationem factam esse non solum citra delegationem, sed etiam ignorante Titio ... nemo utique diceret et suspicaretur videri pactum creditorem de non petendo a Titio cum quo nihil egisset.[1] Ich glaube indessen, daß eine präzisere Erfassung des Tatbestandes möglich ist, wenn man die Entscheidung Julians heranzieht. Ihre Grundzüge treten genügend klar hervor. Dem Gläubiger soll nur dann die exceptio pacti entgegenstehen, wenn er aus der Sklavenstipulation eine actio de peculio gegen den Herrn gewinnt. Das entspricht dem Willen der Parteien. Denn offenbar will der Gläubiger den Altschuldner nur dann aus der Haftung entlassen, wenn er dafür eine Klage aus der Novationsstipulation eintauscht. Ob dies der Fall sei, diese Frage erledigt Julian, wie schon Faber erkannt hat, im Einklange mit seiner an anderen Stellen[2] überlieferten Lehre. Es kommt darauf an, ob sich der Sklave ex causa peculiari verpflichtet hat. Das trifft dann zu, wenn sich der Sklave durch die Stipulation von einer Pekuliarschuld befreit. Dies ist aber wiederum nur dann möglich, wenn er auf Delegation des Altschuldners promittiert hat. In diesem Falle, aber auch nur in diesem, bietet die Konstruktion eines pactum de non petendo zwischen Gläubiger und Urschuldner keinen Anlaß zu Bedenken und insofern folgt aus unserer Stelle, daß Gaius das pactum bei nicht delegierter Expromission abgelehnt hat. Warum die Kompilatoren die Erwähnung der Delegation gestrichen haben, läßt sich unschwer vermuten. Es kam ihnen, wie sonst oft, darauf an, aus dem konkreten Fall, der dem Juristen vorlag, eine allgemeine Regel zu abstrahieren. Zu diesem Zwecke strichen sie alles weg, was ihnen für diese Regel unwesentlich schien. Daher fiel der Hinweis auf die Delegation, daher taucht der für Julian wesentliche Umstand, daß der Sklave Schuldner des Deleganten war, nur als Beispiel auf.[3]

5. D. 2, 14, 30, 2, Gaius: *Si sub condicione stipulatus fuerim a te, quod Titius mihi pure deberet: an deficiente condicione si a Titio petam, exceptione*

---

[1] Ähnlich H. Krüger, Exceptio doli, 157: kein pactum in favorem tertii, sondern stillschweigende Annahme der in der Stipulation mit dem Sklaven enthaltenen Willenserklärung des Gläubigers, dem Titius die Schuld erlassen zu wollen, durch diesen. Diese Konstruktion ist mehr als bedenklich. Soll in der Stipulation mit dem Sklaven zugleich eine Offerte an Titius liegen, und wie dann, wenn Titius erst nach der Novation von ihr erfährt? Die Meinung des Gaius ist aber anscheinend, daß sofort mit der Novationsstipulation die exceptio pacti entsteht. Vgl. ferner unten S. 158.

[2] Vgl. namentlich D. 15, 1, 3, 6; D. 46, 1, 19.

[3] Auch der Schluß der Stelle ist nicht unbedenklich. Ob Julian wirklich von der Verbürgung des Sklaven sprach, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls hat er nicht generell behauptet, daß aus der fideiussio servi niemals eine actio de peculio gegeben werde, was mit seiner eigenen Lehre in Widerspruch steht. Vgl. D. 15, 1, 3, 6, ferner fr. 3, 5 u. 9 eod. Vollends verdächtig ist der letzte Satz mit dem widersinnigen Ergebnis, daß der Urschuldner mit Verlust der Einrede bestraft werden soll, weil der Sklave sich für einen Freien ausgab.

pacti conventi et possim et debeam summoveri? et magis est exceptionem non esse opponendam.

Das aus der vorigen Stelle gewonnene Ergebnis macht es in hohem Grade wahrscheinlich, daß wir auch hier eine Passivdelegation vorauszusetzen haben. Im übrigen zeigt die Stelle neuerlich, wie sehr das in die bedingte Novation eingebaute pactum de non petendo geeignet war, den Willen der Parteien im einzelnen Falle zu verwirklichen. Während, wie wir aus Gaius, III., 179, wissen, die exceptio pacti bei Novation inter easdem personas dem Willen der Parteien entsprechend peremptorisch ist oder es mindestens sein kann, wird bei Schuldnerwechsel der Gläubiger in der Regel den Altschuldner nur dann aus der Haftung zu entlassen gewillt sein, wenn und insoweit er sich an den Übernehmer halten kann. Daher wirkt die exceptio pacti nur für die Pendenz der Bedingung. Dies wird Gaius wohl näher ausgeführt haben. Was jetzt dasteht, deckt sich zwar sachlich mit seiner Entscheidung, ist aber formell Zusammenfassung der Kompilatoren.[1]

Sollen wir auf Grund dieser Erwägungen nun auch für die Julianstelle (D. 45, 1, 56, 8, oben S. 124, 127) annehmen, daß dort die Erwähnung der Delegation von den Kompilatoren gestrichen worden sei? Ihre Tilgung wäre ohne Schwierigkeit zu motivieren, da nach byzantinischer Lehre die bedingte Novation die alte Obligation sofort in eine solche unter entgegengesetzter Bedingung umwandelte und von diesem Standpunkte aus es offenbar gleichgültig war, ob die Expromission auf Delegation des Altschuldners hin erfolgte oder nicht. Gleichwohl scheint mir diese Annahme voreilig. Zwar eine exceptio pacti zugunsten des Altschuldners wäre, wenn die Expromission ohne oder gegen seinen Willen erfolgte, nur aus einem pactum in favorem tertii denkbar und daher für das klassische Recht ausgeschlossen. Denkbar wäre aber eine exceptio doli, insoferne die Kontrahenten der Novationsstipulation die Absicht verfolgten, dem Altschuldner während der Pendenz der Bedingung eine Atempause zu gewähren und eine auf die zivilrechtlich unverändert gebliebene alte Obligation gestützte Klage des Gläubigers pendente condicione gegen die bona fides war. Indessen mit allgemeinen Erwägungen läßt sich die Frage nicht erledigen. Klarheit kann hier nur eine Untersuchung über das Verhältnis der exceptiones pacti und doli zueinander schaffen, zu dem wir uns für den zweiten Teil dieser Studie einige Bemerkungen vorbehalten.

6. D. 12, 6, 60, 1, Paul.: *Ubi autem quis quod pure debet sub condicione [novandi animo] promisit, plerique putant pendente novatione solutum repetere posse, quia ex qua obligatione solvat adhuc incertum sit: idemque esse etiam, si diversas personas ponas eandem pecuniam pure et sub condicione [novandi animo] promisisse. sed hoc dissimile est: in stipulatione enim pura et condicionali eundem debiturum certum est.*

---

[1] So auch Boháček, 365.

Auch hier scheinen mir Vassalli, 224, und Kaden, 177 f., in ihrer Kritik zu radikal, wenn sie für den Fall des ersten Satzes Paulus die entgegengesetzte Entscheidung unterstellen. Byzantinisch ist zwar die Begründung *quia ex qua obligatione solvat adhuc incertum sit,* weil sie die sofortige Veränderung der alten Obligation voraussetzt, byzantinisch ist ferner der letzte Satz, der Zusatz eines Glossators, der übrigens vom Standpunkte des justinianischen Rechts im Rechte ist. Denn wenn nach byzantinischer Lehre durch die bedingte Novation die alte Obligation in eine solche unter entgegengesetzter Bedingung umgewandelt wird, so ist es bei der Novation inter easdem personas sicher, daß der Schuldner zahlen muß, entweder bei Eintritt der Bedingung aus der neuen Obligation oder bei ihrem Ausfall, der zugleich Bedingungserfüllung für die alte Obligation ist, aus dieser. Für seine Zahlung besteht daher unter allen Umständen eine causa und daher ist die condictio indebiti unzulässig.[1] Anders lag die Sache für den Klassiker. Wir wissen aus Gaius, III., 179, daß die bedingte Novation inter easdem personas gegen die Klage aus der alten Obligation eine peremptorische exceptio pacti erzeugt.[2] Von diesem Standpunkte aus konnte die condictio indebiti bei Zahlung pendente condicione unbedenklich gewährt werden.[3] Also dürfte auch hier wie in manchen der vorhin besprochenen Stellen nur die Begründung byzantinisch sein.[4]

Kaden, 177, 180, verdächtigt auch den Zwischensatz, und daran dürfte so viel richtig sein, als er in der überlieferten Fassung kaum von Paulus geschrieben worden ist, sondern sich schon sprachlich als Zusammenfassung breiterer Ausführungen des Juristen zu erkennen gibt. Was er gesagt hat, läßt sich vermuten. Wir wissen aus Gaius, D. 2, 14, 30, 2 (oben S. 128 f.), daß der Parteiabsicht entsprechend bei bedingter Novation mit Personenwechsel die exceptio pacti nur eine dilatorische war. Konsequent müßte Paulus daher hier

---

[1] So fassen auch Bas., 24, 6, 60, 1, die Stelle auf. Vgl. ferner Kniep, Einfluß der bedingten Novation, 20 f.; Salkowski, 454 f.

[2] Vgl. oben S. 120. Bezeugt ist dies allerdings nur für den Fall, daß die alte Obligation gleichfalls einer Stipulation entspringt. Gerade diesen Fall setzt der Glossator, von dem der letzte Satz herrührt, voraus.

[3] Vgl. D. 12, 1, 56; 12, 6, 32, 1; 26, 3, die letztere Stelle zwar formell größtenteils unecht (vgl. Guarneri-Citati, BIDR., 32, 271), aber sachlich unbedenklich.

[4] Möglicherweise bezog sich die Kontroverse, auf die das *plerique putant* hindeutet, darauf, ob die exceptio pacti auch dann peremptorisch sei, wenn die alte Obligation keine Verbalobligation war. Die scheint mir wahrscheinlicher als die Annahme, daß es zu Paulus' Zeiten noch Juristen gab, welche intransigent am Standpunkte des Zivilrechts festhielten, was allerdings die Meinung Kadens ist, der diesen Standpunkt auch für Paulus voraussetzt und demnach folgerichtig *plerique putant* streicht. Aber warum hätten die Kompilatoren eine Kontroverse erst erfinden sollen? Allerdings sucht Kaden, 178 f., diesem Einwand durch die Annahme zu begegnen, daß unter den Kompilatoren in Ansehung der bedingten Novation Meinungsverschiedenheiten bestanden. Aber dies selbst zugegeben, wäre es doch nicht wahrscheinlich, daß sie solche Differenzen im neuen Gesetzbuche verewigt hätten.

dem zahlenden Altschuldner die condictio verweigert haben. Das paßte aber den Kompilatoren nicht, für die auch hier die Zahlung auf eine bedingte Schuld hin erfolgte und daher kondizierbar war. Sie haben daher, die Entscheidung des Juristen in ihr Gegenteil verkehrend, seine Ausführungen, die sich möglicherweise über den Unterschied zwischen delegierter und nicht delegierter Expromission verbreiteten, zusammengestrichen, wobei sie freilich nicht bemerkten, daß sie von ihrem Standpunkte aus den Fall der Novation unter denselben Personen hätten anders entscheiden müssen. Dies wurde erst bei einer Revision des Textes bemerkt und korrigiert.[1]

III. D. 46, 3, 72, 1—3, Marcellus:

§ 1. *Cum Stichum mihi deberes et in solvendo moram fecisses, sub condicione eum promisisti: pendente ea Stichus decessit: videamus, an, quia novari prior obligatio non potest, petitio servi competat ea, quae competeret, si non intercessisset stipulatio. [sed in promptu contradictio est debitorem, cum stipulanti creditori sub condicione promisit, non videri in solutione hominis cessasse: nam verum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari.]*

§ 2. *Sed quid si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? [hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus, quemadmodum si quolibet nomine eius servum offerente stipulator accipere noluisset.]*

§ 3. *[Idem responsum est,] si quis, cum subreptus sibi servus esset, sub condicione stipulatus fuerit quidquid furem dare facere oportet: [nam et] fur condictione liberatur, [si dominus oblatum sibi accipere noluit. si tamen, cum in provincia forte servus esset, intercesserit stipulatio (et finge prius quam facultatem eius nancisceretur fur vel promissor, decessisse servum), non poterit rationi, quam supra reddidimus, locus esse:] ⟨. . . .⟩ non enim optulisse eum propter absentiam intellegi potest.*

Ich kann mich bei Besprechung dieses Fragments verhältnismäßig kurz fassen, da bereits Guarneri-Citati und Boháček in der Hauptsache das Richtige gesehen haben. Vassalli, 224, und Kaden, 193 f., sind auch hier in ihrer Quellenkritik zu radikal, wenn sie in dieser Stelle die klassische Lehre dahin wiederherzustellen meinen, daß die bedingte Novation auf die mora debitoris der alten Schuld keinen Einfluß übe und auch ihren Eintritt nicht zu hindern vermöge. Allerdings ist dies, wie wir bereits wissen, der Standpunkt der älteren Juristen, wie er zuletzt noch von Julian und Venuleius vertreten wurde.[2] Ihn hat aber Marcellus, wie Guarneri-Citati, 126 f., und Boháček, 349 f., unabhängig voneinander erkannten, aufgegeben,[3] indem er eine Wirkung der bedingten Novation auf die zivilrechtlich eingetretene mora

[1] Ich will natürlich nicht ausschließen, daß das Fragment schon in vorjustinianischer Zeit seine überlieferte Fassung erhalten hat.

[2] D. 45, 1, 56, 8; 46, 2, 31 pr. Vgl. oben S. 124 f.

[3] Dieser Widerspruch in den Quellen hat der gemeinrechtlichen Wissenschaft viel zu schaffen gemacht. Über ältere Lösungsversuche vgl. die Literaturangaben bei Römer, 194 f.

des Altschuldners annahm.[1] Daran ist heute meines Erachtens nicht mehr zu zweifeln. Über Maß und Art dieser Wirkung gehen jedoch die Meinungen der beiden zuletzt genannten Autoren auseinander. Während Boháček, 363 f., annimmt, daß die bedingte Novation schon officio iudicis, also ipso iure den hinsichtlich der alten Schuld eingetretenen Verzug tilge, will Guarneri-Citati nur Wirkung ope exceptionis gelten lassen. Hierbei hat er von vornherein die Entwicklung der bedingten Novation im klassischen Recht für sich. Wie wir gesehen haben, hat die klassische Jurisprudenz wahrscheinlich schon seit Sabinus in die bedingte Novation ein pactum de non petendo eingebettet, durch das sie gegenüber der Starrheit der formalen Stipulation den Willen der Parteien zur Geltung brachte. Von diesem Standpunkte aus ließe sich der Gedankengang des Marcellus ohne Schwierigkeit rekonstruieren. Zivilrechtlich ist die Novation pendente condicione wirkungslos. Sie vermag daher bei der alten Obligation den Eintritt des Schuldnerverzugs weder zu hindern noch seine Wirkungen, wenn er bereits eingetreten ist, zu beseitigen. Aber es begleitet sie unter Umständen ein pactum de non petendo, das zwar nicht zivilrechtlich, aber iure praetorio die Fälligkeit hinausschiebt, beziehungsweise, wenn diese und der Schuldnerverzug bereits eingetreten sind — dieser Fall steht in unserer Stelle zur Diskussion —, vernünftigerweise als Verzicht des Gläubigers auf die schon vorhandenen Verzugsfolgen gedeutet werden muß. Wenn daher post moram, aber pendente condicione der aus der alten Obligation geschuldete Sklave stirbt, so ist die Obligation perpetuiert, die Klage zivilrechtlich gegeben, aber es steht ihr eine exceptio pacti oder doli[2] entgegen. Freilich ist von allem dem in § 1 unseres Fragments nichts zu finden. Allein er ist mindestens von *sed in promptu contradictio* an interpoliert.[3] Es ist verkehrt, die moram purgierende Kraft der bedingten Novation mit dem Erfüllungsangebot des Schuldners zu vergleichen.[4] Denn es ist juristisch etwas ganz anderes, ob der Verzug aufhört, weil der Gläubiger durch Realangebot des Schuldners in Annahmeverzug gesetzt wird, oder weil er rechtsgeschäftlich diesem die bereits eingetretenen Verzugsfolgen erläßt.[5] Unrichtig ist endlich

---

[1] Die Lehre des Marcellus ist von den Späteren akzeptiert worden, wie sich aus D. 45, 1, 29, 1; 46, 2, 14 pr., Ulp., beide mit Zitaten aus Marcellus, und D. 46, 2, 8 pr., Ulp., ergibt. Alle Stellen sind zwar mehr oder weniger verändert, lassen aber die neue Lehre doch mit genügender Deutlichkeit erkennen. Vgl. Guarneri-Citati, 140, 121 f., 116 f.; Boháček, 352, 344, 370. Teils zu weitgehend, teils unrichtig die Korrekturen bei Vassalli, 222 f.; Kaden, 193, 197[2].

[2] Die letztere ist wahrscheinlicher, weil es sich um Auslegung des pactum über seinen unmittelbaren Sinn hinaus handelt. Vgl. unten S. 142 f.

[3] In diesem Punkte stimmen alle neueren Interpreten überein. Vgl. Vassalli, 224; Haymann, SZ., 41, 90[1]; Kaden, 193 f.; Guarneri-Citati, 121 f. Etwas konservativer nur Boháček, 342.

[4] Vgl. Kaden, 195; Guarneri-Citati, 128 f.

[5] Das bemerken auch Salkowski, 469; Enneccerus, 551.

„die auf der Hand liegende Einwendung, daß der Schuldner infolge der bedingten Novation in der Erfüllung nicht säumig gewesen sei“. Gerade das Gegenteil ist richtig.

Indessen ist damit eine Entscheidung in unserer Frage noch nicht gewonnen. Sie wird aber erleichtert, wenn man auch die folgenden Paragraphen des Fragments prüft.

§ 2 handelt von der bedingten Expromission.[1] Auch hier ist zunächst die Begründung, die wiederum die Novation mit der Oblation vergleicht, als unecht zu verwerfen.[2] Was die Entscheidung selbst anlangt, so ist der meistens vernachlässigte Umstand zu beachten, daß die Expromission *ignorante debitore* geschieht. Gerade in diesem Falle mußten sich der Konstruktion eines pactum Schwierigkeiten entgegenstellen, da eine exceptio pacti für den Altschuldner nur aus einem pactum zugunsten Dritter zu rechtfertigen gewesen wäre, was aber Marcellus kaum billigte.[3] Seine Antwort war daher wohl entgegen der überlieferten und entgegen der Entscheidung im § 1 verneinend, worauf

---

[1] Anders wäre die Fragestellung nicht verständlich. So richtig Kaden, 195; Boháček, 349. Unbefriedigend Guarneri-Citati, 132 f. Zu demselben Ergebnis führt die Erwägung, daß Marcellus in dem Fragment ex professo vom Einfluß der bedingten Novation auf den Verzug des Schuldners handelt (vgl. § 1 u. 3) und daher auch in dem Mittelparagraphen kaum einen anderen Fall erörtern konnte. Daß die Bedingtheit der Novation verschwiegen wird, mag auf die einschneidenden Kürzungen, denen die Stelle unterlag, zurückzuführen sein.

[2] So Kaden, 194, während Guarneri-Citati und Boháček diesen Satz unangefochten lassen.

[3] Zwar scheint er ein solches in D. 23, 3, 44, 1 (Jul.) unbedenklich zuzugeben. Allein die Stelle ist schwer interpoliert. Die Frau diziert als dos dem pater familias: *quod mihi debes vel quod mihi filius tuus debet.* Als dos soll aber nach Julian nur der Betrag der Pekuliarhaftung gelten. Hiezu notiert Marcellus: *sive igitur cum filio post hac sive cum patre agere instituerit, exceptione pacti conventi (mulier) summovebitur.* Entgegen Berger, Anz. d. Krakauer Akad., hist.-phil. Kl. (1909), 93 f., halte ich die exceptio pacti für echt, da die Kompilatoren keinen Grund gehabt hätten, sie an Stelle der von Berger vermuteten exceptio doli zu interpolieren. Man wird in ihr vielmehr eine Anwendung der sabinischen Lehre, daß der Formalkontrakt ein pactum enthalte, finden dürfen. Höchst bedenklich aber und in Widerspruch zu D. 2, 14, 21, 2 (Paul.): *nos autem his, qui in nostra potestate sunt, paciscendo prodesse non possumus* ist die exceptio pacti zugunsten des filius. Auch Julians Entscheidung, die auf die alternative Fassung der dictio keine Rücksicht nimmt, ist kaum korrekt überliefert. Endlich konnte Marcellus, während sonst (vgl. D. 23, 3, 77; 17, 1, 47 pr.) bei dotis dictio an den Schuldner der Frau, dessen Befreiung ipso iure eintritt, unmöglich aus der Entscheidung Julians, der Betrag der Pekuliarhaftung sei dos, folgern, daß „daher“ *(igitur)* der Klage der Frau gegen den pater familias die exceptio pacti entgegenstehe. Ich möchte vielmehr vermuten, daß Julian die Gültigkeit der dotis dictio anzweifelte und Marcellus sie iure praetorio aufrecht erhielt durch exceptio aus dem pactum, das in der dictio enthalten war. Daß er aber dieselbe exceptio dem Sohne gab, ist ganz unwahrscheinlich und auch sachlich kaum zu rechtfertigen, da der Frau, selbst wenn sie den filius klagte und verurteilen ließ, dann aus der actio iudicati de peculio wohl ebenfalls die exceptio pacti entgegenstand.

vielleicht noch das einleitende *sed* hinweist.[1] Die Kompilatoren aber hatten, worauf wir schon öfter hinweisen konnten, von ihrer Auffassung der bedingten Novation aus keinen Anlaß, zwischen delegierter und nicht delegierter Expromission zu unterscheiden und dasselbe gilt für die in unserer Stelle hervortretende und als unecht erkannte Denkform, welche die Novation mit der Realoblation vergleicht. Daher mußte die Entscheidung des Juristen in ihr Gegenteil verkehrt werden, wobei vielleicht Ausführungen über die verschiedene Behandlung von Expromission und Passivdelegation gestrichen wurden.[2]

Will man diese Auslegung für richtig anerkennen, so ergibt sich ein starkes Argument zugunsten Guarneri-Citatis. Denn war die moram purgierende Wirkung der bedingten Novation schon officio iudicis durchzuführen, so bedeutete dies doch eine gewisse Loslösung vom pactum, und die Unterscheidung von delegierter und nicht delegierter Expromission war zumindest nicht so zwingend wie bei der Wirkung ope exceptionis. Für unsere Deutung spricht endlich noch eine andere Erwägung. Unser Fragment ist die sedes materiae für die neue Lehre des Marcellus. Das Prinzip ist bereits im § 1 entwickelt. Gewiß konnte der Jurist es an der Hand weiterer Beispiele ausführen. Wahrscheinlicher aber ist, daß er gerade solche Fälle einer Erörterung würdigte, in denen aus irgendwelchen Gründen eine andere Entscheidung oder eine Lösung mit anderen Mitteln indiziert erschien. Dieser Gesichtspunkt bewährt sich gerade bei unserer Auffassung des § 2 und er ist auch für die Auslegung von § 3 nicht ohne Bedeutung.

Auch für § 3 kann ich in weitem Umfange auf Guarneri-Citati, 133 f., und Boháček, 349 f., verweisen.[3] Es handelt sich um bedingte Novation[4] des vom Dieb auf Grund der condictio furtiva Geschuldeten, die die mora tilgt, so zwar, daß einerseits die condictio, wenn der geschuldete Sklave nachher stirbt, erlischt, andrerseits wegen Unmöglichkeit der Leistung auch bei Eintritt der Bedingung die Novation nicht mehr zustande kommt (vgl. oben S. 124[2]). Unecht ist auch hier die Vergleichung der Novation mit der Oblation. Allerdings haben die letztere kaum erst die Kompilatoren in die Diskussion hereingezogen, vielmehr dürfte schon der echte Marcellus von ihr gehandelt haben — dies macht die Vergleichung mit D. 13, 1, 17 (unten S. 136) wahrscheinlich —, aber nicht, um sie mit der Novation und dem in ihr enthaltenen Verzicht auf die Verzugswirkungen zu parallelisieren, sondern um sie in Gegensatz zu stellen. Warum aber hat Marcellus — diese Frage ist noch nicht aufgeworfen worden — den Fall der Novation der condictio furtiva für so

[1] Vgl. schon Kniep, Einfluß der bedingten Novation, 17 f. Salkowski, 483 f., verwirft ebenfalls die purgatio morae bei der bedingten Expromission, ohne aber zwischen Expromission und Passivdelegation zu unterscheiden.

[2] Insoweit ist Boháček, 349, Recht zu geben.

[3] Wenig glücklich Kaden, 194 f.

[4] Ob mit oder ohne Personenwechsel, kann außer Betracht bleiben. Im ersteren Falle ist aber Delegation vorauszusetzen, wie D. 13, 1, 17 ergibt. Vgl. unten S. 136.

wichtig gehalten, daß er ihm eine besondere Erörterung widmete? Die Entscheidung ist materiell dieselbe wie in § 1 des Fragments. Daß er den Satz fur semper in mora demonstrieren wollte, wird niemand glauben, daß er bloß ein weiteres Beispiel für das im § 1 aufgestellte Prinzip geben wollte, ist wenig wahrscheinlich. Warum auch gerade die condictio furtiva. Vielmehr erwarten wir irgendeine Besonderheit gerade dieses Falles. In der Lösung selbst liegt sie nicht. Sie muß daher in den Mitteln der Lösung enthalten sein und da drängt sich die Vermutung auf: Befreiung des Altschuldners nicht wie sonst ope exceptionis,[1] sondern ipso iure.[2] Man erinnert sich sofort, daß schon die Zwölftafeln *de furto pacisci* gestatten (D. 2, 14, 7, 14 i. f.) und daß ein solches pactum die actio furti ipso iure aufhob.[3] Allerdings gilt dies nur für die Strafklage, und daß diese von der condictio furtiva getrennt wird, war unbestrittener klassischer Rechtssatz.[4] Das spricht insbesondere für den Sühnevertrag aus Ulpian, D. 13, 1, 7 pr.: *si pro fure damnum decisum sit, condictionem non impediri verissimum est: decisione enim furti quidem actio, non autem condictio tollitur.* Aber darum handelt es sich in unserem Falle nicht. Es liegt vor ein pactum, in welchem der Gläubiger für die condictio furtiva auf die ihr inhärierende mora debitoris (D. 13, 1, 8, 1; 20) verzichtet. Das konnte mittelbar als ein pacisci de furto aufgefaßt und, insoferne dieses ipso iure wirkte, dieser Effekt per analogiam auf die condictio übertragen werden.

---

[1] Dies nimmt Guarneri-Citati, 134 f., auch für § 3 an.

[2] Daher sind die Worte *fur condictione liberatur,* die im § 3 auf diese Lösung hinweisen, vielleicht doch echt.

[3] Vgl. D. 2, 14, 17, 1; D. 47, 2, 55, 5; 57, 4; C. 6, 2, 13 und Mommsen, Strafr., 751 f.; Ferrini, Diritto penale Rom., 354 f.; Bertolini, Transazione, 200 f.; Costa, Crimini e pene, 31; Huvelin, Furtum, 75 f.; Rabel, Grundzüge des röm. Privatrechts in Holtzendorff-Kohler, Rechtsenzyklopädie, I.[7], 458. Ich habe (SZ., 37, 365 f.) diese ipso-iure-Wirkung des pactum damit zu erklären versucht, daß der Sühnevertrag ursprünglich Bargeschäft, d. h. von der Zahlung der vereinbarten Buße begleitet war. In Nachwirkung dieses Umstandes wird bei Kommentierung der Klausel des Postulationsedikts: *qui furti . . . . pactusve erit* (Lenel, Edict.[2], 77) von Ulpian (D. 3, 2, 6, 3) das pactum als entgeltliches definiert: *pactum sic accipimus, si cum pretio quantocumque pactus est.* Diese Worte sind entgegen Schulz, Interpolationenkrit. Studien, 15 f. (Sep.-Abdr. aus der Zitelmann-Festschr.) im wesentlichen echt — der Rest der Stelle von *alioquin* an ist allerdings Glossem —, zumal *pactum sic accipimus,* was auch Schulz stehen läßt, eine Einschränkung im folgenden erfordert. Schenkungshalber geschehener und ipso iure wirkender Erlaß der actio furti ist nicht unverdächtig. Vgl. D. 47, 2, 52, 26 *[non donationis causa],* dazu Pringsheim, SZ., 42, 309; ferner C. 8, 53, 18 (Diocl.), wo *donationis causa* vielleicht zu streichen ist. [Ein Argument für den formellen Charakter des Sühnevertrags kann auch der Gestaltung der Noxalhaftung entnommen werden. Die Noxalklage ist, wie Biondi, Actiones noxales [Annali del sem. giur. della R. univ. di Palermo 10 (1925)] jüngst nachgewiesen hat, eine Art Vindikation des schuldigen Gewaltunterworfenen, dienend der Privatrache, die der Gewalthaber nur durch Zahlung der Buße oder durch Defension des Gewaltunterworfenen, d. h. durch formale Litiskontestation abwenden konnte. Vgl. Biondi, a. a. O. 230, 243 f. Korr.-Zusatz.]

[4] Vgl. Levy, Konkurrenz d. Aktionen, I., 342[4]; Biondi, a. a. O. 96 f.

Das alles ist freilich nur eine Hypothese und die Argumentation des Marcellus wird sich in den Einzelheiten mit Sicherheit nie rekonstruieren lassen. Beachtenswert ist aber doch, daß die von Marcellus in D. 46, 3, 72, 3 gegebene Lösung in der zeitgenössischen Literatur Aufsehen erregt hat. Denn sie kehrt bei den Späteren noch zweimal wieder. Das läßt vermuten, daß Marcellus dort einen über eine bloße Nutzanwendung des in D. 46, 3, 72, 1 formulierten Prinzips hinausgehenden neuen Gedanken gebracht hat. Und was besonders interessant ist: in beiden Stellen stehen Formulierungen, die gerade bei der condictio furtiva auf eine Beendigung des Verzugs mit ipso-iure-Wirkung schließen lassen. Die Stellen sind:

a) D. 13, 1, 17, Pap.: *[Parvi refert] ad tollendam condictionem offeratur servus furtivus an in aliud nomen [aliumque statum obligationis] transferatur ⟨. . .⟩ [nec me movet] praesens homo fuerit nec ne, cum mora, quae eveniebat ex furto, [veluti quadam] delegatione finiatur.*

Bezüglich der Interpolationen und der positiven Rekonstruktion des Fragments verweise ich auf Guarneri-Citati, 41 f., und Boháček, 356 f., die im wesentlichen zu demselben Ergebnis gelangen. Demnach behandelt Papinian aller Wahrscheinlichkeit nach denselben Fall wie Marcellus in D. 46, 3, 72, 3,[1] und zwar mit derselben Gegenüberstellung von Novation und Oblation — darauf weist der Schluß hin — und mit derselben Entscheidung. An ihr interessiert uns zweierlei: einmal die Tatsache, daß Papinian einen Einfluß der bedingten Novation auf die mora des Altschuldners nur dann annimmt, wenn das Novationsversprechen auf Grund einer Delegation geleistet wird. Das ist ganz im Einklang mit den oben S. 133f. gewonnenen Ergebnissen. Ferner aber die auch von Guarneri-Citati nicht beanständeten und in der Tat durchaus den Eindruck der Echtheit erweckenden Schlußworte *mora . . . delegatione finitur.*[2] Bei einer Beseitigung des Verzugs bloß ope exceptionis pacti hätte sich Papinian kaum so ausgedrückt.

b) D. 45, 1, 29, 1.[3] Ulpian erörtert hier in Ausführungen, die durch Kürzungen und Glosseme entstellt sind, die Frage nach der Fassung der Stipulation bei der Novierung der condictio furtiva. Das Versprechen *Stichum dare* sei unwirksam, weil der Eigentümer nicht den eigenen Sklaven stipulieren kann, zulässig aber, das Versprechen zu leisten, *quod ex causa condictionis dare facere oportet. Quod si postea [sine mora] decessisse proponatur servus, non teneri furem condictione Marcellus ait: [quamdiu enim vivit, condici poterit, at si decessisse proponatur, in ea condicione est, ut evanescat condictio propter stipulationem.]* Also abermals derselbe Fall wie in D. 46, 3, 72, 3,[4] mit der-

[1] Guarneri-Citati, 43, möchte allerdings Aktivdelegation annehmen.

[2] Gewiß zu Unrecht streicht sie Kaden, 197.

[3] Vgl. zur Stelle Guarneri-Citati, 140; Boháček, 352.

[4] D. h. Novierung der condictio furtiva durch bedingte Stipulation *quod ex causa condictionis dare facere oportet.* Dafür überzeugend Guarneri-Citati und Boháček l. c.

selben Entscheidung,[1] und zwar unter ausdrücklicher Berufung auf Marcellus. Beachtenswert ist der Tenor dieser Entscheidung *non teneri furem condictione*,[2] der den Gedanken an eine ipso-iure-Beendigung des Verzugs nahelegt.

c) Zweifelhafter ist D. 2, 14, 54, Scaevola apud Julianum, l. 22 digest.: *Si pactus sim, ne Stichum, qui mihi debebatur, petam: [non intellegitur mora mihi fieri] mortuoque Sticho puto non teneri reum, [qui ante pactum moram non fecerit.]*

Lenel, Jul. 363, stellt das Fragment unter die Rubrik „de operis libertorum" unter Hinweis auf D. 38, 1, 44, wo Scaevola, l. 4 quaest., vom Verzug des Freigelassenen bei den versprochenen operae handelt. Da aber Julian im 22. Buch seiner Digesten der Hauptsache nach den Diebstahl (furtum, condictio furtiva, actio furti noxalis fr. 337—357) traktiert, so ist eine Beziehung unseres Fragments auf diese Materie ebenso möglich und sogar viel wahrscheinlicher. Wir hätten demnach ein pactum de non petendo bei der condictio furtiva vorauszusetzen. Die Stelle ist übrigens mehrfach nicht in Ordnung. Zu beanstanden ist *non intellegitur mora mihi fieri* in Verbindung mit dem folgenden *puto non teneri reum.* Man kann zwar zweifeln, ob das pactum de non petendo die mora debitoris für die Zukunft ausschließe oder eine vorhandene mora purgiere, nicht aber, wenn man diese Frage bejaht, ob dann der Schuldner bei kasuellem Untergange des geschuldeten Gegenstandes befreit werde. Vermutlich haben die Kompilatoren gekürzt. Unterstellen wir also, daß Scaevola den Einfluß des pactum auf den Verzug bei der condictio furtiva untersuchte,[3] hiebei die neue Lehre des Marcellus von der ipso-iure-Wirkung dieses pactum referierte, die zu seinen Zeiten noch um Anerkennung rang, so verstehen wir seine zögernde Schlußfolgerung *puto mortuo Sticho non teneri reum,* nicht weniger aber, daß die Kompilatoren, für die diese Fragen mit ihren Feinheiten erledigte Dinge waren, brutal einfach das Ergebnis einsetzten, wobei sie freilich vergaßen, auch die Stilisierung der Schlußfolgerung zu ändern.

Den Schlußsatz hat Boháček, 360 f., mit Recht gestrichen. Er gibt jetzt der Stelle den Sinn, daß pro futuro die mora ausgeschlossen sei, während,

---

Erwägenswert ist auch die Vermutung Guarneri-Citatis, 141, 143, daß die Novation durch die nichtige Stipulation *Stichum dare* erfolgte, aber doch die Wirkung des pactum auslöste und daher die mora beseitigte. Daß dies möglich, ergibt D. 46, 2, 8 pr. Vgl. auch D. 2, 14, 30, 1 und dazu oben S. 127 f.; ferner Krüger, Exceptio doli, 148 f.

[1] Allerdings durch Interpolation entstellt. Unecht ist *sine mora:* Vorausnahme der Begründung des Juristen, an deren Stelle die Kompilatoren den Satz *quamdiu* rell. eingeschoben haben. Die Interpolation folgt, abgesehen von den von Guarneri-Citati und Boháček angeführten sachlichen Gründen auch aus der schleppenden Wiederholung *at si decessisse proponatur.*

[2] Diese Worte mit Guarneri-Citati den Kompilatoren zuzuschreiben, sehe ich keinen Anlaß. Sie machen durchaus den Eindruck der Echtheit. Ebenso Boháček l. c.

[3] Daß Julian einen solchen noch leugnete, wissen wir aus D. 45, 1, 56, 8 (oben S. 125 f.). Die Note Scaevolas war daher sehr am Platze.

wenn die Stelle von der condictio furtiva handelte, die Frage, ob die mora ex furto purgiert werde, die gegebene war. Eine wichtige Bestätigung für diese Auffassung gibt ein Scholion des Kyrillos, das das Fragment von der Beendigung des vorhandenen Verzugs versteht.[1] Will man aber diese Auslegung gelten lassen, so wird man abermals die gewiß echten Worte *non teneri [reum]* ⟨*furem*⟩ notieren, die eine Beendigung des Verzugs officio iudicis vorauszusetzen scheinen.

IV. Der Streit zwischen Guarneri-Citati und Boháček über die Wirkungen der bedingten Novation auf den Schuldnerverzug aus der alten Schuld scheint mir so in der Hauptsache zugunsten des ersteren entschieden. Dieses Ergebnis entspricht auch durchaus der Entwicklung des Instituts. Soweit überhaupt die klassische Jurisprudenz in Gegenwirkung zum Zivilrecht bei der bedingten Novation pendente condicione Vorwirkungen auf die alte Obligation anerkannte, beruhten sie — dies gilt insbesondere von der Hemmung der Klage aus der alten Schuld — auf einem pactum de non petendo, das man der Novation zugrunde legte, und konnten daher nur ope exceptionis in Erscheinung treten. Es wäre mehr als sonderbar gewesen, hätte man die Beseitigung des Verzugs, die ja konstruktiv auf einem Verzicht des Gläubigers, also auf demselben pactum fundiert war, mit ipso-iure-Wirkung ausgestattet, und dies der streng zivilrechtlichen perpetuatio obligationis gegenüber. Nur vereinzelt, bei der condictio furtiva, vielleicht auch in anderen Fällen[2] scheint derselbe Marcellus, der die sabinische pactum-Lehre in Anwendung auf die purgatio morae fortgebildet hatte, in kühner Konstruktion auch eine ipso-iure-Wirkung des pactum vertreten zu haben. Daher vermag auch der Hinweis Boháčeks, 366, auf die Terminologie nichts zu beweisen, da die fraglichen Stellen sich gerade auf diese besonderen Fälle beziehen.[3] Erst die Kompilation oder schon die

---

[1] Heimbach, I., 634: *Ἐὰν πακτεύσω, μὴ ἀπαιτεῖν σε, ὃν ἐχρεώστεις μοι οἰκέτην, εἰς ὃν μόραν ἐποίησας, ἀπαλείφεται ἡ μόρα.*

[2] In Betracht kämen die bonae-fidei-Obligationen, weil die exceptio pacti, auch aus einem pactum ex intervallo, bonae fidei iudiciis inest. Vgl. Biondi, Iudicia bonae fidei, 34. Belege fehlen allerdings, soweit ich sehe.

[3] Vgl. oben S. 136f. In Betracht kommen außerdem D. 46, 2, 8 pr., Ulp.: die wegen Mangels des aliquid novi unwirksame Novationsstipulation hat doch die Wirkung, den Verzug zu beseitigen, aber doch nur wegen des in ihr wirksamen pactum. Daher ist in dem Satze *desinit periculum ad promissorem pertinere quasi mora purgata* die nur exzeptionsmäßige Herbeiführung dieser Wirkung von den Kompilatoren beseitigt worden, wie Guarneri-Citati, 116f., überzeugend nachgewiesen hat. Unbefriedigend Boháček, 370f. Ferner D. 46, 2, 14 pr., Ulp.: . . . *[unde] Marcellus et si post moram Stichus in condicionalem obligationem deductus sit, [purgari moram nec in sequentem deduci obligationem] putat.* Die Entscheidung ist inhaltlich echt — zu radikal Vassalli, 222 f., der den ganzen Satz streicht, unrichtig Kaden, 193, der sie in ihr Gegenteil umgewandelt wissen will —, unecht aber ihre Form, wozu ich auf Guarneri-Citati, 123 f., verweise. Gegen die Echtheit der Phrase purgare moram überhaupt vgl. Guarneri-Citati, 114 f.; Bedenken auch bei Kaden, 197 2.

Doktrin der byzantinischen Rechtsschulen, auf der sie fußt, haben diese ipso-iure-Wirkung in der Materie der bedingten Novation allgemein durchgeführt. Für sie war das Gegenspiel von ius civile und praetorium nicht mehr lebendiges Recht, sondern subtilitas iuris, die man, soweit als möglich, beseitigen mußte. Aber wie in manchen anderen Gebieten haben hiebei die Kompilatoren sachlich wenig geändert, sondern nur die Ergebnisse, zu welchen bereits die Klassiker gelangt waren, in andere, zeitgemäße Denkformen gekleidet.

§ 2.

Die Verfolgung des in der bedingten Novation enthaltenen pactum de non petendo hat uns zur Ablehnung eines pactum zugunsten Dritter geführt. Allein wir mußten (oben S. 129) doch die Möglichkeit erwägen, ob das klassische Recht ein solches pactum nicht indirekt durch exceptio doli wirksam machte. Zwar waren die Ergebnisse unserer bisherigen Untersuchung[1] einer solchen Annahme nicht günstig, aber um Klarheit zu schaffen, ist eine Prüfung der Frage des Verhältnisses der exceptio pacti zur exceptio doli nicht zu umgehen. Wir können uns hierbei in weitem Umfange auf die wertvollen Untersuchungen H. Krügers in seinen „Beiträgen zur Lehre von der exceptio doli" (1892), insbesondere S. 93f. stützen,[2] über deren Ergebnisse aber auf Grund der neueren Forschung man doch in einzelnen Punkten hinausgelangen dürfte.

I. H. Krüger, 96f., 219f., nimmt an, daß die älteren Klassiker geneigt waren, das Anwendungsgebiet der exceptio pacti durch freie Auslegung des pactum nach Möglichkeit, ja zuweilen über die Grenzen des Zulässigen hinaus zu erweitern. Mit Julian indessen setzte eine rückläufige Bewegung ein, insoferne man nunmehr zur freien Auslegung der pacta die exceptio doli verwendete, die demnach die exceptio pacti zurückdrängte und neben sie, beziehungsweise an ihre Stelle trat.

Man wird schon prima facie gegen diese Lehre Bedenken nicht unterdrücken können. Sie nimmt eine merkwürdig gewundene Entwicklung an, insoferne die freie Auslegung der pacta am Anfange stehen, in der Folgezeit zwar nicht aufgegeben, aber mit anderen Mitteln durchgeführt worden sein soll, während man doch eher erwarten würde, daß die römische Jurisprudenz sich erst allmählich zu einer freien Auslegung der pacta durchgearbeitet hat. In der Tat ist es nicht richtig, daß schon die Frühklassiker die pacta frei, d. h. nach den Grundsätzen der bona fides interpretiert haben. Schon die Tatsache, daß man noch in hochklassischer Zeit zur Vererblichkeit des pactum die mentio heredis verlangte,[3] mahnt zur Vorsicht, und weitere Argumente wird die folgende Untersuchung ergeben.

---

[1] Vgl. namentlich oben S. 133f. zu D. 46, 3, 72, 3; S. 136 zu D. 13, 1, 17.

[2] Vgl. auch Pernice, Labeo, II., 241f.

[3] Rotondi, Scritti giuridici, II.1, 310f.

Die beiden Stellen, die nach Krüger, 96 f., 101 f., schon für die frühklassische Zeit die freie Auslegung der pacta ergeben sollen, sind teils unergiebig, teils beweisen sie das Gegenteil.

a) D. 2, 14, 36, Proculus: *Si cum fundum meum possides, convenisset mihi tecum, ut eius possessionem Attio traderes: vindicantem eum fundum a te non aliter me conventionis exceptione excludi debere, quam si [aut iam tradidisses aut si]* [1] *tua causa id inter nos convenisset et per te non staret quominus traderes.*

Krüger muß selbst zugeben, daß die Stelle nicht heil überliefert, vielmehr erheblich gekürzt sei. So, wie sie dasteht, würde Proculus allerdings allerlei aus dem pactum herauslesen, was in dessen Worten nicht unmittelbar enthalten ist, ohne daß wir freilich erkennen könnten, wie er zu seinem Resultat kommt. Offenbar enthielt das pactum besondere Klauseln, die die Kompilatoren in ihrem Streben nach Generalisierung strichen und auf die noch die Worte *non aliter me conventionis exceptione excludi debere* hinzuweisen scheinen. Wenn aber der Wortlaut des pactum nur unvollständig überliefert ist, können wir auch nicht sagen, ob Proculus wörtlich oder frei auslegte.

b) D. 44, 4, 4, 8, Ulp. Bei dem Faustpfandvertrag war in üblicher Weise vereinbart worden, daß das Pfand nach Tilgung der Schuld zurückgegeben werde. Durch Verschulden des Gläubigers gehen die verpfändeten Perlen (uniones) zugrunde. Seiner Klage aus der Forderung soll nach Nerva und Atilicinus die exceptio entgegenstehen *„si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones mihi reddantur“*. In der Tat handelt es sich aber nicht um Auslegung des pactum in dem Sinne, daß der Gläubiger auf seine Klage verzichte, falls er das Pfand schuldhaft zerstöre.[2] Das wäre nur im Wege einer Fiktion aus dem pactum herauszulesen gewesen. Was die Juristen mit der exceptio pacti wollten, ist aber genügend klar. Es verstößt gegen die Billigkeit, wenn der Gläubiger die Forderung eintreibt, obwohl er sich durch seine Schuld außerstand gesetzt hat, sich aus dem in seinen Händen befindlichen Pfande zu befriedigen. Um diesen Gedanken durchzuführen, verwenden Nerva und Atilicinus die exceptio pacti in einer ihr wesensfremden Funktion. Der Richter hatte auf Grund der formulierten exceptio nichts anderes zu prüfen, als ob das pactum zustande gekommen war, und bei Bejahung abzuweisen. Der springende Punkt, die Frage, ob Verschulden des Gläubigers vorliege, mußte daher schon in iure erledigt werden. Von ihrer Bejahung hing die Einschaltung der exceptio ab. Daß sie mittels dieser exceptio dem Richter zur Prüfung hätte überwiesen werden können, scheint mir ausgeschlossen. Er hätte sie bei bestem Willen aus dem pactum nicht herauslesen können. So verstehen wir

[1] Zur Interpolation Siber, Passivlegitimation bei der Reivindicatio, 12.

[2] Ungenau auch Pernice, Labeo, II.1, 244: *soluta pecunia* bedeute auf Grund dieser Auslegung nicht „nach“, sondern „gegen Zahlung des Geldes“. Denn zweifellos sollte die exceptio nicht gegeben werden, wenn das Pfand kasuell vernichtet wurde.

auch die Korrektur Ulpians, der richtig erkennt, daß es sich nicht um das pactum handelt, sondern um die Frage, ob ein Handeln gegen Treu und Glauben vorliege, und daher die exceptio doli gewähren will. Erst diese verstellt die Verschuldensfrage dem Richter zur Entscheidung. Die Stelle ergibt also für eine freie Auslegung des pactum nichts. Nicht um eine solche handelt es sich, sondern um eine abusive Verwendung der exceptio pacti.

Das erste Beispiel einer freien Behandlung des pactum über dessen Wortlaut hinaus finden wir bei dem kühnen und originellen Celsus, D. 2, 14, 33, dem Pomponius, D. 23, 4. 10, folgt.[1] Das pactum des dos-Bestellers *„ne a se neve a filio suo dos peteretur“*, das an sich zugunsten des filius keine Wirkung hat (D. 2, 14, 21, 2), wird umgedeutet als mentio heredis zugunsten des filius, wenn dieser als Erbe seines Vaters aus dem Dotalversprechen belangt wird.[2] Celsus' großer Zeitgenosse und Gegner, Julian, lehnt hier die exceptio pacti noch ab.[3]

II. Das ist um so bemerkenswerter, als gerade Julian es war, der mittelbar das Anwendungsgebiet der exceptio pacti weit ausgedehnt hat. Bei Ulpian, D. 2, 14, 10, 2, wird uns folgendes berichtet:

Plerumque solemus dicere doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis: quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuros et Julianus scribit et alii plerique consentiunt.

Es mag dahingestellt bleiben, ob das Fragment völlig intakt ist. Anstoß könnte man nehmen an dem *plerumque,* das die Kompilatoren so gerne gebrauchen, um die Bedeutung einer Rechtsregel abzuschwächen. Der Sache nach aber ist die Stelle gewiß echt. Demnach hat Julian die exceptio doli zur Ergänzung der exceptio pacti verwendet. Zwar scheint er nicht der erste gewesen zu sein, der dies tat. Denn anschließend an die obige Regel erzählt Ulpian, daß bereits Trebatius aus dem pactum des procurator dem dominus die exceptio doli gewährt haben soll.[4] Aber jedenfalls war Julian derjenige, der, über einzelne Anwendungsfälle hinausgehend, ein Prinzip formuliert hat. Der Gegensatz zu Celsus tritt scharf hervor. Während dieser durch freie Auslegung des pactum das Anwendungsgebiet der exceptio pacti zu erweitern bestrebt war, hat Julian sie in dem verhältnismäßig engen Raum, den die Wortauslegung gestattete, belassen, aber die exceptio doli verwendet, um Unbilligkeiten zu beseitigen. Praktisch erreichte er damit dasselbe, nur das Celsus den wirklichen oder

[1] Vgl. zu den Stellen Krüger, 107f.; Rotondi, Scritti, II., 312f.; Beseler, Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen, II., 69, IV., 208f.; Stella-Maranca, Intorno ai frammenti di Celso, 5.

[2] Die Rekonstruktion Beselers, IV., 208, vermag ich nicht zu billigen. Die Kompilatoren hätten keinen Grund gehabt, die exceptio doli, die der echte Celsus dem Miterben des filius gewährt haben soll, zu streichen.

[3] Vgl. D. 2, 14, 17, 4; 21, 2 i. f., wo die an Stelle der exceptio pacti gewährte exceptio doli mit Rotondi, Scritti, II., 312, wohl interpoliert ist.

[4] Vgl. auch Pernice, Labeo, II.1, 234f.

vermutlichen Willen der Parteien zum Ausgangspunkte nehmen wollte, während Julian an seine Stelle eine mehr objektive Grundlage, das Handeln nach Treu und Glauben, setzte. Er hat damit wohl auch das brauchbarere Werkzeug gewählt. Denn es mochte schwierig sein, bei den Richtern durchzusetzen, daß sie sich nicht mehr an den Wortlaut des pactum, wie er in der exceptio formuliert ihnen vorlag, gebunden fühlen sollten. Die Bedeutung der exceptio doli stand aber zu Julians Zeiten bereits fest.

So braucht es nicht wunderzunehmen, daß Julians Lehre, wie uns auch Ulpian berichtet, die herrschende geworden ist. Das bestätigt auch eine Reihe von Fragmenten, die die Bedeutung des julianischen Prinzips in der praktischen Anwendung erst erkennen lassen.[1] So wird die exceptio doli gegeben, um einem ungültigen pactum innerhalb gewisser Grenzen doch Wirksamkeit zu verleihen,[2] sie wird benutzt, um den Geltungsbereich des pactum in persönlicher Beziehung auszudehnen. Darunter fällt, wenn das pactum des procurator durch exceptio doli für und gegen den Prinzipal wirksam wird.[3] Julian selbst hat ein pactum des Bürgen unter gewissen, nicht mehr erkennbaren Voraussetzungen durch exceptio doli dem Hauptschuldner nutzbar gemacht.[4] Aus dem pactum des Erbschaftskäufers mit dem Nachlaßschuldner steht der Klage des Erben die exceptio doli entgegen.[5] Hingegen läßt sich — und diese Feststellung

---

[1] Vgl. zum Folgenden Krüger, 93f.

[2] D. 2, 14, 7, 18, Ulp.-Marc.: pactum des von einem Dritten zum Erben eingesetzten filius familias mit den Nachlaßgläubigern, nach seiner Emanzipation wirksam durch exceptio doli. Die gleiche Behandlung des pactum des Sklaven dürfte auf Interpolation beruhen. Faber, Ration., I., 178, vgl. auch Krüger, 113, 237f. Vgl. ferner D. 2, 14, 21, 1 (Paul.); dazu Rotondi, Scritti, II., 318; Segré, Riv. di dir. commerciale, 12, 1064.

[3] D. 2, 14, 10, 2; desgleichen bei tutor und curator: D. 2, 14, 15 (Paul.); 28, 1 (Gaius), die letztere Stelle wohl verändert. Vgl. auch Solazzi, BIDR., 22, 52f., gegen Mitteis, Röm. Privatrecht, I., 221. Vgl. ferner D. 20, 6, 7, 2 (Gaius). Zu fr. 8, 2 eod. (Marcian.) wäre es mit dem Wortlaut verträglich, daß der Verzicht des Prokurators des Gläubigers auf das Pfand diesem vom Schuldner mit exceptio pacti entgegengehalten wird. So in der Tat Krüger, 125f. Aber die Stelle ist verderbt. Beachte außer den bereits von Ebrard, Hypothecarezeption 108[58], angeführten Indizien das unbestimmte *hanc exceptionem,* wo der Klassiker gewiß die exceptio bezeichnet hätte, ferner *dominis litis* zur Bezeichnung des Schuldners, von dem vorher nur in der Einzahl die Rede war.

[4] D. 2, 14, 25, 2 über die Interpolationen Rotondi, Scritti, II., 341[3]. Etwas anderes ist es, wenn die exceptio pacti des Hauptschuldners dem Bürgen zusteht. Das beruht auf der Akzessorietät der Bürgschaft. Über das klassische Recht Rotondi, a. a. O. 331f., 345[1], dessen Ansicht, daß gerade die exceptio pacti für den Bürgen von dem Vorhandensein eines Regreßanspruchs gegen den Hauptschuldner abgehangen habe, meines Erachtens der Überprüfung bedarf.

[5] D. 2, 14, 16 pr., Ulp., dazu Rabel, Grundzüge d. röm. Privatrechts, 477[4], gegen Beseler, Beitr., II., 3, und gegen ihn wiederum Beseler, IV., 119. Sehr bedenklich daher die exceptio transacti negotii, die nach Papinian (D. 2, 15, 17) auf Grund eines in Unkenntnis vom Erbschaftskauf und der Klagenzession vom Schuldner mit dem Erben geschlossenen Vergleichs, jenem gegenüber der Klage des Erbschaftskäufers zustehen soll. Die bis zur Denunziation und der durch sie vermittelten Kenntnis des Schuldners von der Zession

ist für uns besonders wichtig — kein einziges sicheres Beispiel nachweisen, daß man die exceptio doli verwendete, um einem pactum in favorem tertii Wirksamkeit zu verleihen.[1]

Endlich begegnen wir der exceptio doli als Mittel, der freieren Auslegung des pactum über den Wortlaut hinaus Geltung zu verschaffen. Beispiele hierfür geben Papinian, D. 2, 14, 30:[2] Umdeutung der mentio heredis fratris im pactum, zugunsten der später geborenen Kinder und Erben des Paziszenten, denen daher die exceptio doli zustehen soll; D. 19, 2, 54, 1, Paul.: ein durch Strafgedinge gesichertes pactum, daß der Verpächter den Pächter vor Ablauf der Pachtzeit nicht austreibt, soll nur für den Fall gelten, als der Pächter den Pachtzins pünktlich entrichtet. Daher exceptio doli, wenn der mit der Zahlung säumige und exmittierte Pächter aus der Stipulation klagt.[3]

---

fortdauernde Legitimation des Zedenten ist byzantinisch. Vgl. C. 8, 41, 3 pr. und über die Interpolation Ferrini, Pandette[3], 597[1]. Nur aus dieser Auffassung heraus scheint mir die exceptio pacti auch gegen den Zessionar verständlich. Man halte nicht entgegen, daß bei der Klagemandierung die Forderung noch beim Zedenten blieb. Denn gerade beim Erbschaftskauf hat schon Antoninus Pius (D. 2, 14, 16 pr.) dem Zessionar die actio utilis gegeben, was zur Folge hatte, daß nunmehr dem Zedenten nach Mandierung der Klage eine Legitimation zu Verfügungen über die Forderung nicht mehr zustand. Vgl. D. 46, 3, 104; ferner Ferrini, a. a. O. 598f. Damit soll nicht behauptet werden, daß Papinian den gutgläubigen Schuldner nicht schützte. Die Stelle ist bis auf die exceptio transacti negotii auch unverdächtig. Ich möchte daher eher eine exceptio doli vermuten. Über D. 2, 14, 17, 5, ursprünglich vielleicht auf den Erbschaftskauf bezüglich, vgl. Segré, Riv. di dir. comm., 12, 1067f.

[1] Über D. 23, 3, 44, 1 vgl. oben S. 133[3]. Eine Ausnahme scheint D. 2, 14, 27, 1, Ulp., zu enthalten. Das pactum des Hauptschuldners *ne a fideiussore petatur* soll, wie Ulpian in Polemik zu anderen nicht genannten Juristen behauptet, für den Bürgen eine exceptio (doli [?], dafür Beseler, II., 69) erzeugen. Allein was Ulpian zur Begründung anführt, ist trotz Mitteis, SZ., 33, 200f. (vgl. auch Rotondi, Scritti, II., 335[2]), durch Kürzungen so entstellt, daß sich der Gedanke des Klassikers kaum mehr ermitteln läßt.

[2] Dazu Krüger, 105f.; Beseler, II., 70, dessen Korrekturen an dem wesentlichen Inhalt der Stelle nichts ändern. Vgl. ferner D. 23, 4, 11: nach einem Reskript Severs soll in dem pactum des Vaters und Dosbestellers *ne se vivo neve constante matrimonio dos petatur* die Einschränkung des Klageverzichts auf die Lebenszeit des Vaters auch für die zweite Klausel gelten. Das Mittel der prozessualen Durchführung wird indessen nicht genannt. Vgl. zur Stelle neuestens Albertario, La connessione della dote con gli oneri del matrimonio [Rendiconti del R. Istituto Lomb., 58 (1925)], S. 4 (des Separat-Abdrucks).

[3] Vielleicht ist auch das schwer interpolierte (vgl. Riccobono, SZ. 43, 313) fr. 17 pr., D. 44, 4, Scaev., hierherzustellen. Der Vater hat die dos promittiert und vereinbart, daß er selbst seine Tochter alimentieren werde. Von dem in solchen Fällen üblichen (vgl. D. 23, 4, 12, 1) pactum, daß der Mann für die Dauer der Alimentierung die dos nicht verlangen werde, ist nichts erwähnt. Außerdem hat der Vater irrtümlich schriftlich anerkannt, rückständige Zinsen aus der promissio dotis zu schulden. Der Schwiegersohn klagt *ex chirographo* und *ex stipulatu,* d. h. im Sinne des justinianischen Rechts auf Zinsen und dos. Das responsum, die exceptio doli stehe entgegen, wenn der Vater, *cum exhiberet* (ohne Objekt filiam), *per errorem promisisset,* ist unklar, insoferne es sich auf die Klage

III. Mit diesen Ergebnissen scheint indessen die Entwicklung noch nicht abgeschlossen gewesen zu sein. Ulpian erörtert in D. 44, 4, 2, 4 folgende Frage: *Item quaeritur, si quis pure stipulatus sit certam quantitatem, quia hoc actum sit,*[1] *sed post stipulationem interpositam pactus sit, ne interim pecunia usque ad certum diem petatur, an noceat exceptio doli. et quidem et de pacto convento excipi posse nequaquam ambigendum est: sed et si hac quis exceptione uti velit, nihilominus poterit: dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest.*

Jedes pactum enthält also die exceptio doli, so daß diese vikariierend mit der exceptio pacti gebracht werden kann. Das ist ein großer Schritt über die Lehre Julians hinaus. Während dieser die exceptio doli zur Ergänzung der exceptio pacti zuließ, aber eben dadurch eine scharfe Grenze zwischen beiden Exzeptionen zog, ist diese Scheidewand nach dem von Ulpian formulierten Prinzip niedergerissen. Man kann es auch dahin formulieren, daß nunmehr jedes pactum eine nach der bona fides zu beurteilende conventio darstelle. Das war es von Haus aus und auch die ganze klassische Zeit hindurch nicht. Gewiß sind die Klassiker seit Julian durch die subsidiäre Verwendung der exceptio doli diesem Prinzip praktisch sehr nahe gekommen. Aber sie haben das pactum noch nicht damit zu einem bonae-fidei-Vertrag gemacht. Sonst hätten sie in den zuletzt (oben S. 143) genannten Stellen die freie Auslegung des pactum ebenso gut mit der exceptio pacti zur Geltung bringen können.[2] Wir stehen hier vor einer merkwürdigen Verwischung der Grenzen zwischen strengem und billigem Recht, die an den schon lange als byzantinisch erkannten Satz erinnert, daß durch die Einschaltung des exceptio doli das stricti iuris iudicium zum

---

auf die Zinsen zu beziehen scheint, während für Scaevola eine Klage aus dem schriftlichen pactum nicht in Frage kommen konnte. Die exceptio doli wird daher wohl zur actio ex stipulatu gehören und sich daraus rechtfertigen, daß der Jurist in die Alimentationsabrede das fehlende pactum de non petendo hineininterpretiert. [Teilweise anders neuestens Albertario, a. a. O. 151. Korr.-Zusatz.]

Zu beachten ist ferner D. 2, 11, 2 pr., Ulp. (dazu Guarneri-Citati, BIDR., 32, 345f.): das vadimonium verfällt nicht, wenn sich die Parteien vor dem Gestellungstermin verglichen haben, wenn aber nachher, so steht der Klage auf die poena vadimonii die exceptio doli entgegen. Denn sinngemäß erstreckt sich der Vergleich auch auf die bereits verfallene Strafe. Interessant ist, daß in dem interpolierten Schlußsatz aus diesem Gedanken die exceptio transacti negotii deduziert wird, während Ulpian, da das pactum ausdrücklich über diesen Punkt nichts bestimmte, nur die exceptio doli geben konnte.

[1] Dieser Satz paßt an der Stelle, wo er jetzt steht, nicht. Er wird daher von Beseler, I., 107, vor *an noceat exceptio doli* gestellt, wo er sich zweifellos besser einfügt, aber auch hier noch immer eher die exceptio pacti als die exceptio doli erwarten läßt.

[2] Das geschieht in der Tat in dem interpolierten Schlußsatze des fr. 2 pr., D. 2, 11 (oben S. 143[3]). Nicht recht verständlich ist ferner vom Standpunkte des in D. 44, 4, 2, 4 enthaltenen Prinzips aus, wenn mehrfach (z. B. C. 2, 4, 28, 1; 8, 35, 3; 7) gegenüber der exceptio pacti eine replicatio doli bezeugt ist. Denn wenn das pactum die exceptio doli enthielt, so war seine Geltendmachung gegen Treu und Glauben nicht mehr Rechtsausübung und brauchte nicht erst mit der replicatio doli gerügt zu werden.

bonae fidei iudicium werde.[1] Bedenken macht auch die aus unserem Prinzip folgende Vertauschbarkeit der exceptio pacti und exceptio doli. Das paßt weit besser für die Byzantiner, für die die einzelnen Formeln und Formelteile, die den Klassikern noch scharf umrissene Individualitäten waren, nur mehr toten Formelkram darstellten. In dem folgenden Paragraphen (D. 44, 4, 2, 5) lehrt Ulpian, daß auch jede exceptio in factum die Doluseinrede enthalte und fügt dieselbe Begründung hinzu: *quia dolo facit, quicumque id quod quaque exceptione elidi potest, petit.* Die byzantinische Herkunft dieses Rechtssatzes ist bereits erkannt.[2]

Diese Erwägungen mahnen doch zur Vorsicht und enthalten eine Warnung, das Prinzip des fr. 2, 4, D. 44, 4 ohne weiteres als klassisch hinzunehmen.[3] In der Tat hat schon vor Jahren Beseler, Beitr., II., 31, unser Fragment in seinem zweiten Teile von *et quidem* an für interpoliert erklärt. Allein er stützt sich nur auf sprachliche Gründe,[4] die aber noch keine Einsicht in den Grund der Interpolation vermitteln. Auch ist seine positive Rekonstruktion, wonach Ulpian auf die aufgeworfene Frage erwidert haben soll: *et magis dicendum est de pacto convento excipi debere,* nicht befriedigend. Daß nach dem Tatbestande eine exceptio pacti gegeben war, lag auf der Hand. Ist aber die Fragestellung echt — und ich habe keine Gründe, dies zu bezweifeln —, so müssen irgendwelche andere Gründe vorhanden gewesen sein, die an Stelle der exceptio pacti die exceptio doli indizierten. Da aber aus dem Tatbestande solche nicht zu erkennen sind, so ist vielleicht zu vermuten, daß schon dieser von den Kompilatoren verändert wurde.[5] Gewißheit über diesen Punkt ist natürlich nicht zu erlangen.

---

[1] Vgl. C. 8, 35, 3, und zur Frage zuletzt Haymann, SZ., 38, 220f. Vgl. auch D. 44, 4, 4, 5; dazu Biondi, Bonae fidei iudicia, 255.

[2] Vgl. Beseler, I., 108, und vor allem Biondi, a. a. O. 44f. Daher sind die Stellen, in denen eine exceptio doli mali vel in factum begegnet, alle verdächtig. Vgl. D. 44, 4, 4, 32; 23, 3, 7. 3; dazu Biondi, 47 f.. Ferner D. 46, 2, 4 (Biondi, 49f,); 46, 1, 14 (Gradenwitz, SZ., 7, 69). Nach D. 12, 5, 8, Paul., steht der Klage aus der stipulatio ob turpem causam die exceptio doli vel in factum entgegen, nach C. 2, 4, 28, 1 (Diocl.) soll die Vorschützung einer exceptio pacti aus dem Vergleiche gegenüber der rei vindicatio entkräftet werden durch replicatio doli mali vel in factum, weil der Beklagte die im Vergleiche für den Klageverzicht übernommene Gegenleistung nicht erbringen will. Der Kaiser wird die Parteien über das anzuwendende Prozeßmittel kaum im unklaren gelassen, vermutlich eine exceptio in factum zur Verfügung gestellt haben, ebenso vielleicht Paulus in D. 12, 5, 8, wo im Original das unsittliche Motiv des Promittenten genauer bezeichnet war und erst von den Kompilatoren durch die generalisierende turpis causa ersetzt wurde. So Beseler, IV., 203. Daß endlich in der Häufung exceptio doli vel non numeratae pecuniae (D. 17, 1, 29 pr.; C. 4, 30, 3) die letztere nicht klassisch ist, bedarf keiner Ausführung.

[3] Daß es etwa auf die Ediktsklausel *pacta conventa, quae neque dolo . . . neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo* (D. 2, 14, 7, 7; Lenel, Ed.[2], 65) gestützt wurde, ist ausgeschlossen, da dolus hier, wie der Kommentar Ulpians, D. 2, 14, 7, 9—11, beweist, Betrug und Arglist bedeutet.

[4] Verdächtig ist ihm *ambigere* (Beitr., II., 31) und *nequaquam* (Beitr., IV., 141).

[5] Es sei hier an den Satz *quia hoc actum sit* erinnert, der in der überlieferten Fassung der Stelle nirgends recht unterzubringen ist.

Wichtiger dürfte es daher sein, der Anwendung des neuen Prinzips in der Praxis nachzugehen. Vorerst aber die Frage, wann und von wem wurde es aufgestellt? Hier läßt sich negativ feststellen, daß es Julian noch nicht gekannt hat. Denn ihm dient die exceptio doli nur zur Ergänzung der exceptio pacti. Auch Gaius trennt beide noch mit aller Schärfe, wie sich aus Gaius, IV., 116 a, b, ergibt. Das Stipulationsversprechen, das vor Empfang des Darlehens geleistet wurde, wird durch exceptio doli entkräftet, wenn die Darlehensvaluta nicht gegeben wird, durch exceptio pacti, wenn ein pactum de non petendo vorliegt. Hätte Gaius die Vertauschbarkeit der exceptio pacti mit der Doluseinrede bereits gekannt, so hätte es sehr nahegelegen, hinzuzufügen, daß im zweiten Falle auch die exceptio doli zuständig sei.[1] Nehmen wir noch diejenigen Juristen hinzu, welche die exceptio doli zur freien Auslegung des pactum verwenden und demnach die Ersetzbarkeit der exceptio pacti durch die exceptio doli noch nicht zu kennen scheinen, so kommen wir schon in die Zeit Ulpians selbst.

Nun fehlt es allerdings nicht an Beispielen, daß direkt aus dem pactum eine exceptio doli gegeben wird. Aber die Stellen sind alle verdächtig. Es gehören hierher:

a) D. 8, 3, 13 pr., Javolen: die für einen Weinberg bestellte Servitut besteht zwar zivilrechtlich zugunsten des fundus. Aber der Klage des Servitutsberechtigten steht die exceptio doli entgegen, wenn die Bewirtschaftungsform des herrschenden Grundstücks geändert wurde. Die diesen Grundsatz formulierenden Worte: *sed si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria* sind schon seit langem als interpoliert erkannt,[2] enthalten aber, wie Riccobono l. c. nachgewiesen hat, einen echten Kern, insoferne Javolen diese zivilrechtlich unzulässige Beschränkung als pactum gelten läßt. Daher wird er die exceptio pacti gegeben haben, wie noch Papinian in dem ähnlich gelagerten Fall D. 8, 1, 4 pr.[3] die exceptio pacti vel doli empfiehlt. Zwar ließe sich der exceptio doli neben der exceptio pacti eine selbständige Bedeutung insoferne vindizieren, als sie dazu dienen mochte, die Abrede der Parteien zu verdinglichen. Für Javolen ist dies aber deshalb wenig wahrscheinlich, weil erst Julian die Doluseinrede zur Ergänzung der exceptio pacti allgemein verwendet hat. Aber selbst die exceptio pacti vel doli Papinians, für den dieser Einwand nicht gilt, ist zweifelhaft. Denn nach dem Wortlaute hätten sie schon Sabinus und Cassius gebilligt, was kaum möglich ist. Weitere Gründe gegen ihre Echtheit werden sich noch im Laufe der Untersuchung ergeben.

b) D. 46, 4, 15, 1, Jul. Wir brauchen auf dieses in der Lehre vom beneficium divisionis der Mitbürgen viel umstrittene Fragment[4] nicht näher einzugehen,

---

[1] Vgl. ferner D. 20, 6, 7, 2, Gaius: das pactum des Prokurators *ne res sit obligata* nützt dem Dominus durch exceptio doli, das des Sklaven durch exceptio pacti.

[2] Vgl. zuletzt Riccobono, RHD., III., 346; Bonfante, Scritti giuridici, III., 109[2].

[3] Dazu Riccobono, a. a. O. 345f.

[4] Vgl. Windscheid, Pandekten, II., § 479[7]; Dernburg, Pandekten, II., § 81[7], mit Literaturangaben.

da uns nur der mit dieser Frage nicht im Zusammenhang stehende Schlußpassus interessiert. Der Gläubiger hat dem einen Bürgen für 20 gegen ein Abstandsgeld von 5 ein pactum de non petendo bewilligt, klagt den andern auf 15: *reliqua autem quinque si a priore fideiussore petere institueris, doli mali exceptione submoveris,* während man die exceptio pacti erwartet. Allein der Satz, der mit der Hauptfrage des Fragments in losem Zusammenhang steht, nur Selbstverständliches ausspricht, ist offenbar ein Glossem, was sich auch sprachlich daraus ergibt, daß er mechanisch die im vorhergehenden gebrauchten Phrasen repetiert.[1] Außerdem wäre es gerade bei Julian, der als erster die exceptio doli subsidiär neben der exceptio pacti verwendet, besonders unglaubhaft, daß er die exceptio doli statt der exceptio pacti zuließ.

c) D. 39, 6, 42 pr., Pap.: Seia hat ihr Vermögen unter Nießbrauchsvorbehalt und Rückfallsgeding im Falle ihres Überlebens auf Titius übertragen. Nach dem Tode des Titius vindizieren seine Erben Sachen von Seia, die das Rückfallsgeding mit exceptio doli geltend macht: *igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio.* Daß dieser Satz Glossem sei, habe ich schon SZ. 37, 325f., zu begründen versucht und möchte in diesem Punkte an meiner Auffassung gegen Haymann, SZ., 38, 216f., festhalten.

d) D. 12, 6, 23, 3, Ulp., ein anerkanntermaßen schwer interpoliertes Fragment,[2] das wohl einen klassischen Kern enthält, bei dem man aber kaum für die formelle Echtheit auch nur eines Satzes garantieren kann. Das gilt namentlich für die lehrhafte und triviale Bemerkung *sed potuit autem quis, si quidem ante litem contestatam transegerit, volenti litem contestari opponere doli exceptionem . . . dolo enim facit, qui contra transactionem expertus amplius petit,* die in ihrer Argumentation, wie schon öfter beobachtet wurde,[3] ganz an unserere Hauptstelle, D. 44, 4, 2, 4, anklingt.

Für ihre Echtheit gibt es indessen noch eine letzte, sehr wichtige Stütze, nämlich das gelegentliche Vorkommen der Doppelexceptio doli mali vel pacti conventi. Allein auch diese Stütze erweist sich nicht als tragfähig, weil die hier in Frage kommenden Stellen teils sicher, teils wahrscheinlich verfälscht sind.

a) D. 39, 6, 18, 2, Jul.: Schulderlaß aus Schenkung auf den Todesfall dadurch, daß der Schenker den Schuldschein einer Vertrauensperson aushändigt mit dem Auftrage, ihn nach seinem Tode dem Schuldner zu überlassen. Dem klagenden Erben kann der Schuldner die *exceptio pacti conventi vel doli mali* entgegenhalten. In der Parallelstelle, D. 34, 3, 3, 2, Ulp.-Jul. wird nur die exceptio doli genannt.[4]

---

1 Vorher heißt es: *si ab altero quindecim petere institueris, nulla exceptione summoveris.*

2 Vgl. zuletzt Guarneri-Citati in der oben S. 118[4] zitierten Schrift, 72[1] und die dort angeführte Literatur.

3 Zum Beispiel Bertolini, Transazione, 273.

4 Ebenso gewährt in dem ähnlich gelagerten Falle des fr. 28, D. 39, 6, Marcellus nur die exceptio doli. Der Schluß von *nimirum* an, mit dem Hinweis auf die voluntas defuncti, ist Glossem.

Nur sie ist echt.[1] Ein pactum de non petendo zwischen Erblasser und Schuldner ist nicht bloß schwer-,[2] sondern unkonstruierbar, beziehungsweise, wie noch ausgeführt werden soll,[3] nur denkbar als pactum tacitum im Sinne der Byzantiner. Dieses ist auch der Grund für die exceptio pacti in D. 39, 6, 18, 2.

b) Schwieriger ist D. 22, 1, 13 pr., Scaev.: der Schuldner hat durch längere Zeit hindurch, ohne daß er im Verzuge war, geringere als die versprochenen Zinsen gezahlt. Wenn der Erbe des Gläubigers klagt, steht ihm die *exceptio doli vel pacti* entgegen. Derselbe Tatbestand scheint in C. 4, 32, 5, Sever. u. Carac., vorzuliegen: *Adversus creditorem usuras maiores ex stipulatu petentem, si probetur, per certos annos minores postea consecutus, utilis est pacti exceptio. secundum quod tueri causam potestis etiam adversus defensores civitatis maiores petentes ex cautione, si probaveritis semper quincunces amitam pupillorum vestrorum, quae maiores caverat, rependisse.* Daß der Schuldner nicht im Verzug sei, ist hier nicht gesagt. Allein daraus darf kein verschiedener Tatbestand für beide Stellen erschlossen werden, etwa in dem Sinne, daß nach C. 4, 32, 5 die Parteien sich bewußt mit der Zahlung geringerer Zinsen für einverstanden erklärten, woraus sich die exceptio pacti rechtfertigen würde, während nach D. 22, 1, 13 pr. der Schuldner entschuldbarerweise glaubte, nur geringere Zinsen zu schulden und daher auch nicht den Willen hatte, einen Schulderlaß anzunehmen. Denn man würde hiebei gerade dem entscheidenden Umstand nicht Rechnung tragen, der Tatsache nämlich, daß in beiden Fällen die Zahlung der geringeren Zinsen durch längere Zeit hindurch erfolgte. Der Tatbestand nähert sich also dem der Verjährung. Dazu aber paßt nur die exceptio doli und man versteht daher, warum Scaevola das Präjudiz, das sich der Gläubiger durch die Annahme der geringeren Zinsen durch längere Zeit schafft, nicht gegen den schuldhaft säumigen Schuldner wirken lassen will. Ein pactum de non petendo ist unter solchen Umständen undenkbar, es sei denn als byzantinisches pactum tacitum. Daher muß die exceptio pacti in beiden Stellen unecht sein, in C. 4, 32, 5 vielleicht der ganze erste Satz, der wohl die von Kaiser angeführten Entscheidungsgründe zusammenfaßt und überdies die von Scaevola gemachte Einschränkung nicht berücksichtigt.

c) D. 2, 14, 27, 5, Paul.: *Si cum decem mihi deberes, pepigero, ne a te viginti petam: in decem prodesse tibi pacti conventi vel doli exceptionem placet.*[4] Der Zweifelsgrund ist offenbar der, daß das pactum de non petendo über 20 eine andere Schuld voraussetzt und daher auf die Schuld von 10 nicht unmittelbar anwendbar ist.[5] Berücksichtigt man, daß Paulus nachweisbar[6] zur freien Aus-

---

[1] So schon Beseler, Beitr., I., 109.

[2] So noch Krüger, 138.

[3] Vgl. unten S. 153f.

[4] Der Rest wohl Glossem. P. Krüger, ad h. l. Vgl. auch H. Krüger, 105.

[5] So richtig Krüger, 104.

[6] D. 19, 2, 54, 1 und oben S. 143.

legung des pactum die exceptio doli verwendet, so ergibt sich schon daraus die Unechtheit der exceptio pacti conventi. Der betreffende Satz ist wohl ein Resümee der Kompilatoren, wofür auch das bei Justinian so beliebte *placet* geltend gemacht werden könnte.[1] Hierbei konnten sie um so leichter die exceptio pacti hinzufügen, als für sie die exceptio doli dem pactum inhärent war und die Auslegung des pactum nach der bona fides auch mit der exceptio pacti durchgeführt werden konnte.

Bestätigt wird diese Auffassung durch D. 2, 14, 27, 8, Paul. Das pactum, ne hereditatem petam, schließt die Vindikation der einzelnen Erbschaftssachen nicht aus, da es sich seinem Wortlaute nach nicht auf sie bezieht. Das ist der Sinn der Eingangsworte: *item si pactus, ne hereditatem peterem, singulas res ut heres peterem.*[2] Im folgenden steht allerdings das Gegenteil, ist aber interpoliert, was schon der sprachliche Ausdruck ergibt: *ex eo, quod pactum erit, pacti conventi exceptio aptanda erit, quemadmodum si convenerit, ne fundum peterem, et usum fructum petam* rell.[3] Damit ist natürlich nicht gesagt, daß dieser Passus ersatzlos gestrichen werden muß und Paulus daher an der strengen Interpretation des pactum festhielt. Eine dem Willen der Beteiligten gerecht werdende Auslegung erforderte in der Tat eine andere Lösung. Aber die Klassiker bedienen sich hierbei der exceptio doli, die Paulus gegeben haben wird.[4] Ein Glossator oder erst die Kompilatoren haben seine Ausführungen gekürzt zusammengefaßt, wobei sie von ihrem Standpunkte, daß auch die freie Auslegung noch im Rahmen des pactum erfolge, die exceptio pacti an Stelle der Doluseinrede setzten.

d) War in den bisher besprochenen Stellen in der Doppelexceptio die exceptio pacti spätere Zutat, so hat sich die Angleichung der beiden Exceptionen in der nachklassischen Zeit auch in der entgegengesetzten Richtung vollzogen, indem der klassischen exceptio pacti die exceptio doli hinzugefügt wurde. Hierher gehören:

α) D. 44, 7, 44, 1.[5] Paulus trägt hier unter anderem, wenngleich kaum überall in der originalen Fassung, die Lehre des Sabinus vor, daß in dem Formalgeschäft ein pactum enthalten sei, und gewährt demnach aus der zivilrechtlich unzulässigen Beifügung eines Endtermins zur Stipulation eine *exceptio pacti conventi vel doli mali.* Daß hier die exceptio doli den Byzantinern gehört, ergibt D. 45, 1, 56, 4, wo Julian in demselben Falle nur von der exceptio pacti spricht.[6] Wir werden daher auch in D. 44, 7, 44, 2, wo Paulus die

---

[1] Vgl. Guarneri-Citati, BIDR., 33, 120 s. v.

[2] Vgl. auch den vorhergehenden § 7. Dazu Mitteis in der Leipziger Festschrift für Wach, 6.

[3] Man beachte *pactum erit* statt *est, exceptio aptanda erit* (nur hier). Das ist eher die Sprache des Gesetzgebers als des Juristen.

[4] Auch die angeführten Beispiele können von ihm sein.

[5] Vgl. zur Stelle Riccobono, RHD., III., 346.

[6] Ob die Begründung: *nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est,* wenngleich am gegenwärtigen Platze und wohl auch in der Form anstößig, ganz den Kompilatoren zuzusprechen ist, wie Beseler, Beitr., III., 103, will, ist mir zweifelhaft.

nachträgliche Hinzufügung einer Bedingung zur Stipulation durch *exceptio pacti conventi vel doli mali* zur Geltung gebracht wissen will, die exceptio doli streichen dürfen.

β) D. 46, 4, 19 pr., Ulp. Die aus formalen Gründen unwirksame Akzeptilation, z. B. weil zu einer obligatio re geschehen, wird mit *exceptio doli mali vel pacti conventi* aufrechterhalten. Die Klassiker operieren mit dem in der Akzeptilation enthaltenen pactum[1] und können daher nur die exceptio pacti gegeben haben.

γ) Das in der bedingten Novation enthaltene pactum de non petendo wurde im ersten Teil dieser Untersuchung schon eingehend gewürdigt. Gaius, III., 179, gewährt aus ihm die *exceptio doli aut pacti conventi.* Da er aber sonst (vgl. D. 2, 14, 30, 1 u. 2 und dazu oben S. 127 f.) hier nur die exceptio pacti kennt und außerdem, wie wir feststellen konnten (vgl. oben S. 146), exceptio doli und pacti scharf auseinanderhält, so dürfen wir wohl ohne Bedenken in III., 179 die exceptio doli als spätes Glossem streichen.

δ) Es bleibt noch C. 2, 3, 5, Carac. Hier gewährt der Kaiser aus einem pactum de non petendo die *exceptio pacti conventi vel doli.* Äußere Interpolationsindizien fehlen. Allein derjenige, den unsere bisherigen Ausführungen überzeugt haben sollten, wird nicht zweifeln, daß hier die exceptio doli spätere Zutat ist.

Auf Grund der kritischen Prüfung der Quellen können wir jetzt doch mit einem hohen Grade von Wahrscheinlichkeit annehmen, daß der Rechtssatz, jedes pactum enthalte die exceptio doli, byzantinischer Provenienz ist. Das klassische Recht hat die exceptiones pacti und doli streng auseinandergehalten und die letztere nur zur Ergänzung der ersteren verwendet, insbesondere auch dann, wenn es sich um freie Auslegung des pactum handelte. Für die Klassiker deckt die exceptio pacti immer nur den Wortlaut des pactum. Ansätze, diesen formalen Standpunkt zu überwinden, finden wir bei Celsus. Sie sind aber nicht weiter ausgestaltet worden, weil Versuche, die freie Auslegung unmittelbar aus dem pactum heraus zu entwickeln, gegenstandslos wurden, seitdem Julian das Prinzip, daß die exceptio doli zur Ergänzung der exceptio pacti diene, aufgestellt hatte. Erst die Byzantiner haben beide Exzeptionen vermengt, die Doppelexceptio pacti conventi vel doli mali geschaffen und so das pactum zu einer conventio bonae fidei umgewandelt, was es im klassischen Recht nicht war und nach seiner Herkunft aus den alten Sühneverträgen[2] auch nicht sein konnte. Für das nachklassische Recht ergab sich daraus eine wesentliche Erweiterung des Inhalts des pactum, da nunmehr alles, was die Auslegung nach der bona fides ergab, ohne weiteres als Inhalt der conventio gelten konnte. Aber wie in manchen anderen Punkten haben hier die Byzantiner nichts geschaffen, was praktisch das klassische Recht nicht schon erreicht hätte. Geändert haben sich nur die Formen des juristischen Denkens. Die

---

[1] Vgl. D. 2, 14, 27, 9, Paul.; D. 46, 4, 8 pr., Ulp., soweit beide Stellen echt sind. Darüber unten S. 154.

[2] Vgl. darüber unten S. 155[5].

klassischen Juristen waren gebunden an die Prozeßmittel der Formel und Formelklauseln und es wäre in der Tat schwergefallen, den Richter zu veranlassen, auf Grund der exceptio „si inter Lucium et Titium convenit, ne ea pecunia peteretur“ auf einmal das pactum nach der bona fides zu beurteilen. Daher griffen sie zur exceptio doli. Die Byzantiner kennen keine Formeln mehr, keine intentiones und exceptiones, die letztere ist für sie eine materiellrechtliche Verteidigung des Beklagten geworden und von diesem Standpunkte aus war es in der Tat zwecklos geworden, noch an der feinen Unterscheidung der exceptiones pacti und doli, die den klassischen Juristen durch das Prozeßmittel der Formel aufgedrängt war, festzuhalten.

IV. Aber noch von einem anderen Punkte her hat sich eine wesentliche Erweiterung und Umgestaltung des Begriffs des pactum vollzogen, nämlich auf Grund der byzantinischen Theorie vom pactum tacitum.

Es ist nicht meine Absicht, hier die Frage nach der Natur der stillschweigenden Willenserklärung aufzurollen.[1] Wohl aber soll die Tatsache vermerkt werden, daß es eine Lieblingsvorstellung der Byzantiner ist, Rechtswirkungen, die sich auf Grund bestimmter Tatbestände, sei es nach ihrer Beurteilung gemäß der bona fides, sei es nach dem Gesetze ergeben, auf eine tacita voluntas, beziehungsweise den tacitus consensus der Beteiligten zurückzuführen.

Das beste Beispiel hiefür bietet wohl die dotale actio ex stipulatu, die Justinian in der Konstitution vom 1. November 530 (C. 5, 13, 1) einführt und regelt. Sie wird dogmatisch begründet aus einer Stipulation auf Rückgabe der dos, die, wenn in concreto nicht abgeschlossen, fingiert und auf den tacitus consensus der Parteien zurückgeführt wird.[2]

Vgl. § 1: *rei uxoriae itaque actione sublata sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio sive non, ut intellegatur re ipsa stipulatio esse subsecuta . . . ubi supposita stipulatio non est, intellegi eam fuisse adhibitam.*

§ 1c: *stipulationes et hypothecae inesse dotibus intelleguntur.*

§ 1d: *etsi sine scriptis dos vel detur vel promittatur vel suscipiatur, simili modo intellegi factam stipulationem.*

Dazu § 13b: bei der Dosbestellung durch einen Extraneus soll *tacita stipulatio* der Ehefrau präsumiert werden, wenn nicht der Dritte die Rückgabe der dos an sich ausdrücklich ausbedungen hat, ausgenommen wiederum (§ 13c) den Gewalthaber der Frau, der die *tacita ex stipulatu actio* haben soll.

---

[1] Vgl. Windscheid, Pandekten, I., § 72[8], mit reichen Literaturangaben, ferner v. Tuhr, Allg. Teil des deutschen bürg. Rechts, II.1, 404f., 417f., Allg. Teil des schweiz. Obligationenrechts, I.1, 137f. Aus der italienischen Literatur sei auf die Studien Bonfantes, jetzt gesammelt in seinen Scritti giuridici, III., 150—208, aufmerksam gemacht.

[2] Die historische Grundlage für diese Konstruktion liegt in der Degeneration der Stipulationsform, die die Stipulation im justinianischen Recht de facto zu einem Konsensualvertrag umwandelte. Vgl. die schönen Ausführungen Riccobonos, SZ., 43, 262f.

Bekannt ist ferner die Neigung der Byzantiner, das gesetzliche Pfandrecht auf ein pactum hypothecae tacitum zurückzuführen und es demnach als pignus tacitum, hypotheca tacita zu bezeichnen.[1] Vgl. C. 5, 31, 1c: die Dotalhypotheken *inesse dotibus intelleguntur,* in § 1b werden sie als *hypotheca tacita* bezeichnet.[2] Beim gesetzlichen Vermieterpfandrecht wird gesagt, daß die Pfandobjekte *tacite obligantur* (C. 8, 14, 7, Just.). Vgl. ferner die Digesten- beziehungsweise Kodexrubriken: *in quibus causis pignus (vel hypotheca) tacite contrahitur* (D. 20, 2; C. 8, 14). Allerdings findet sich der Gedanke des pactum hypothecae tacitum schon in den Schriften der klassischen Juristen. Es würde zu weit führen, hier das gesetzliche Pfandrecht der klassischen Zeit zu untersuchen. Aber auch ohne diese Untersuchung kann behauptet werden, daß der Gedanke der stillschweigenden Pfandkonvention, wo er bei den Klassikern in Beziehung zum gesetzlichen Pfandrecht auftritt, meistens interpoliert sein dürfte.[3] Gleichfalls byzantinisch ist die Konstruktion der sogenannten relocatio tacita als neuen stillschweigenden Vertragsschluß,[4] nicht minder die der condicio tacita.[5] Sehr

---

[1] Vgl. Dernburg, Pfandrecht, I., 293.

[2] Weitere Stellen: C. 6, 43, 1, 2; 6, 61, 6, 4; 8, 17, 12, 4, alle von Justinian.

[3] Ganz byzantinisch ist D. 2, 14, 4 pr., Paul.: *Item quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit.* Die Begründung ist geradezu töricht. Weil es auch stillschweigende Vereinbarungen gibt, besteht das gesetzliche Vermieterpfandrecht. Beachte ferner placet, nominatim convenire. Ähnlich Ulp. in D. 20, 2, 6 *[Licet in praediis urbanis tacite solet conventum accipi, ut perinde teneantur invecta et inlata, ac si specialiter convenisset];* licet mit dem Indikativ, specialiter convenire. Verdächtig zumindest D. 20, 2, 4 pr., Neraz: *[quasi id tacite convenerit];* § 1: *[quod ad causam tamen talis taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt];* es handelt sich um die Frage, ob auch Stallungen, die nicht unmittelbar an das Haus anschließend gebaut sind, als praedia urbana gelten und dem Vermieterpfandrecht unterliegen. Was jetzt dasteht, ist eher autoritative Entscheidung des Gesetzgebers ohne Gründe, daher wohl kompilatorische Zusammenfassung der Ausführungen des Juristen. Vgl. ferner D. 20, 2, 3, Ulp.-Neraz *[tacitam conventionem]?,* D. 20, 2, 7 pr., Pomp.: *In praediis rusticis fructus . . . [tacite]? intelleguntur pignori esse . . . [etiamsi nominatim id non convenerit],* C. 8, 14, 3, Alex.: Die Erstreckung des Pfandrechts auf die Früchte der verpfändeten Sache soll *tacita pactione* begründet sein. Für die Interpolation Pringsheim, Kauf mit fremdem Geld, 111.

[4] D. 19, 2, 13, 11, Ulp., wo der zweite Teil, in dem der Satz steht: *hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur,* unecht ist. Vgl. Costa, La locazione di cose nel diritto Romano 105. Interpoliert daher wohl auch *tacito consensu* in C. 4, 65, 16 (Valerian. u. Gallien.).

[5] Vgl. D. 23, 3, 68 Pap.: *[cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam condicionem accipiat],* dazu Kaden, SZ., 44, 173[1]; ferner D. 35, 1, 99, Pap.: *Condiciones extrinsecus, non ex testamento venientes [id est quae tacite inesse videantur], non faciunt legata condicionalia.* Zu den mit id est eingeleiteten erklärenden Glossen Eisele, SZ., 11, 4f. Zu D. 17, 1, 60, 3, Scaev. *[vel tacito intellectu],* siehe Beseler, IV., 79. Nach D. 46, 3, 38 pr., Afr., soll gemäß Julian die Vereinbarung eines solutionis causa adiectus in der Stipulation nur gelten, wenn dieser *in eodem statu maneat.* Am Schlusse hinkt die Begründung oder, besser gesagt, Paraphrase nach: *tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur ‚si in eadem*

lehrreich endlich der Vergleich von D. 12, 1, 3, mit der Wiedergabe dieser Stelle in Bas., 23, 1, 3. Pomponius führt dort aus, daß es bei Hingabe eines Darlehens nicht notwendig sei, die Rückgabe in Sachen gleicher Art und Güte ausdrücklich zu vereinbaren; *nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est.* Die Basiliken machen daraus: *ἐν τῷ δανείῳ σιωπηρῶς συμφωνεῖται τὸ δοθὲν ἀποδοθῆναι τοῦ αὐτοῦ γένους καὶ τῆς αὐτῆς καλλονῆς,* konstruieren also sofort ein pactum tacitum.[1]

Dieses Material, das auf Vollständigkeit keinen Anspruch erhebt, dürfte doch hinreichen, um uns mißtrauisch zu machen, wenn wir in den Quellen der klassischen Zeit einem pactum tacitum begegnen. In der Tat ist es überall unecht. In Betracht kommen folgende Stellen:

a) D. 2, 14, 57 pr., Florent.: durch die Annahme noch nicht fälliger Zinsen *(creditor) tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.* Für denselben Fall gelangt in D. 44, 4, 2, 6 Ulpian sachlich zu demselben Ergebnis, aber aus wesentlich anderen Gründen. Er gibt die exceptio doli. *Et potest dici dolo eum (creditorem) facere: accipiendo enim usuras distulisse videtur petitionem in id tempus, quod est post diem usurarum praestitarum [et tacite convenisse interim se non petiturum].* Die eingeklammerten Worte sind sicher interpoliert. Wären sie echt, so hätte Ulpian nicht die exceptio doli, sondern die exceptio pacti geben müssen.[2] Daraus folgt auch die Unechtheit der Florentinstelle, an der sprachlich das beziehungslose *id tempus* zu monieren wäre. Was jetzt dasteht, ist Resümee der Kompilatoren. Florentin wird ebenso wie Ulpian die exceptio doli verteidigt haben. Für die Klassiker lag überhaupt kein pactum vor — es

---

causa maneat', was in dieser Form Julian kaum gesagt hat. Vgl. zur Stelle Desserteaux, Mélanges Girard, I., 360f. [Zum byzantinischen Gebrauch von tacitus neuestens auch Levy, Der Hergang der röm. Ehescheidung, 12[5]. Korr.-Zusatz.]

[1] Man könnte fragen, wann die Lehre vom tacitus consensus aufgekommen sei. Hier ist bemerkenswert, daß nach Ausweis des Heidelberger Index zum C. Th. in diesem der Ausdruck pignus tacitum, hypotheca tacita nicht vorkommt. Das ließe vermuten, daß erst die Beryter Rechtsschule die Denkform erfunden hat. In einer Stelle des C. Th. 8, 15, 6, 2 (Gratian, 380 p. Chr.) taucht allerdings der tacitus consensus auf. Die Rückforderungsklage wegen einer verbotenen Schenkung an einen Beamten soll nicht auf die Erben des Schenkers übergehen, wenn dieser die Beendigung des Amts des Beschenkten erlebt und die Klage nicht erhoben hat, *maxime cum donator non stantem ob initio donationem taciturnitatis suae videatur firmasse consensu.* Der Satz kann sachlich weder als Begründung noch als Einschränkung gelten, da der Verlust der Klage für die Erben des Schenkers sich schlechthin an seinen Tod knüpft ohne Rücksicht auf seinen vermutlichen Willen. Er zeigt zudem die aus dem Corpus iuris wohlbekannte typische Einleitung einschränkender Glossen mit *maxime si (cum),* so daß wir ihn, wenn er im C. J. stünde, unbedenklich als Glosse streichen würden. Soll er als solche auch im C. Th. gelten? Ich stelle die Frage, ohne sie zu beantworten. Über Interpolationen im C. Th. vgl. Gradenwitz, SZ., 34, 274f.; 38, 35f.

[2] H. Krügers, 140, Versuch, sie als Umschreibung der im vorhergehenden Satze gebrachten Begründung zu retten, ist nur vom Standpunkte der Pandektenharmonistik aus haltbar. Gegen ihn auch Pernice, Labeo, II.1, 243[1].

fehlte an der conventio[1] —, sondern ein Verhalten des Gläubigers, das objektiv nach Treu und Glauben auf einen bestimmten Willen schließen ließ und mit dem er sich nach den Grundsätzen der bona fides nicht in Widerspruch setzen durfte. Daher kam nur die exceptio doli in Frage.[2]

b) D. 2, 14, 27, 9, Paul.: *Si acceptilatio inutilis fuit [tacita pactione]* ⟨. . .⟩ *id actum videtur, ne peteretur.* Die ungültige Akzeptilation[3] wird in ein pactum tacitum de non petendo konvertiert. Dagegen beweist nichts, daß die Juristen aus einer solchen Akzeptilation die exceptio pacti geben (D. 18, 5, 5 pr., Jul.; 46, 4, 19 pr., Ulp.), denn das hätten auch die Byzantiner tun müssen, wohl aber, daß dieselben Juristen in anderen Stellen unbedenklich ein pactum annehmen und nicht ein pactum tacitum.[4] Hier scheinen also die Byzantiner zurückhaltender zu urteilen als die Klassiker. Wir kommen auf diesen Punkt noch zurück.[5]

c) C. 2, 3, 2, Sever. u. Carac.: *Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emptores actiones suas movisse probare potueris eosque eas spontanea suscepisse voluntate, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis.*

Die Stelle enthält für das klassische Recht eine Reihe von Unmöglichkeiten. Wie soll man sich das pactum vorstellen? Als pactum zwischen Nachlaßgläubiger und Erbschaftskäufer zugunsten des Erben oder gar als pactum zwischen Gläubiger und Erben zustande gekommen durch die Klageerhebung gegen den Käufer?[6] Das letztere ist vielleicht der Sinn der Stelle in der

---

[1] Vgl. unten S. 157 f.

[2] Dadurch erhalten unsere Ausführungen (oben S. 148) über die Unechtheit der exceptio pacti in D. 22, 1, 13 pr. und C. 4, 32, 5 eine neue Stütze. Vgl. ferner D. 23, 3, 13, Modestin.: der actio ex stipulatu der geschiedenen Frau bezüglich der dos steht, wenn die Frau zum Manne zurückkehrt, für die Dauer der zweiten Ehe die exceptio doli entgegen. Auch hier fehlt es an der conventio, um ein pactum de non petendo konstruieren zu können. Den Byzantinern allerdings hätte es als pactum tacitum keine Schwierigkeiten geboten. Auch der Verzicht des Gläubigers auf das Pfandrecht, der in seiner Zustimmung zur Veräußerung des Pfandes liegt, ist nicht, wie Krüger, 141 f., meint, wenigstens noch von Gaius als pactum de non petendo aufgefaßt, sondern nur durch exceptio doli, die durch D. 44, 4, 4, 12, Ulp. gut bezeugt ist, geltend gemacht worden. Die einzige Stelle, auf die sich Krüger berufen kann, D. 20, 6, 7, 3, Gaius: *si convenit de parte pro indiviso alienando,* ist wie überhaupt das ganze fr. 7 so verderbt (vgl. Ebrard, Hypothecarexzeption, 112), daß sie für sich allein nichts zu beweisen vermag.

[3] Die Beispiele, die dafür gegeben werden (vgl. D. 18, 5, 5 pr.; 46, 4, 19 pr.), zeigen, daß es sich um eine Unwirksamkeit aus formalen Gründen handelt. Diese Frage wurde vielleicht in dem jetzt vielfach entstellten (vgl. Schulz, Einführung in das Studium der Digesten, 23) fr. 8 pr., D. 46, 4, Ulp., erörtert.

[4] Vgl. D. 46, 4, 8 pr., Ulp.: *An inutilis acceptilatio utile habet pactum, quaeritur* (insoweit gewiß echt). Auch Julian D. 18, 5, 5 pr. (hiezu zuletzt Stoll, SZ., 44, 62 f.) operiert nur mit einem pactum.

[5] Vgl. unten S. 157 f.

[6] Diese Schwierigkeiten empfindet auch das Scholion *Σιωπηρὸν σύμφωνον* (Heimbach, I., 643) zu Bas., 11, 1, 63 = C. 2, 3, 2.

Kompilation. Aber das eine wie das andere ist für das klassische Recht undenkbar.[1] Nach den Regeln des Erbschaftskaufs haftet der Käufer den Nachlaßgläubigern überhaupt nicht, sondern ist auf Grund der stipulatio emptae et venditae hereditatis nur zur Defension des Erben ihm gegenüber verpflichtet.[2] Übernimmt er diese — und gerade dieser Fall scheint hier vorzuliegen (arg. *actiones movere — suscipere)* — so wird allerdings der Verkäufer frei, aber nach den Regeln der Defension ipso iure oder ope exceptionis rei in iudicium deductae. Für eine exceptio pacti wäre also erst recht kein Raum.

Ich muß mich mit dieser negativen Kritik, die übrigens für die hier zu verfolgenden Ziele genügt, bescheiden. Zu einer positiven Rekonstruktion des Reskripts bekenne ich mich außerstande. Vermuten läßt sich vielleicht, daß der Tatbestand von den Kompilatoren vereinfacht wurde und im Original eine exceptio doli in Frage stand.[3]

d) Es bleibt noch D. 2, 14, 2, Paul.: *Labeo ait convenire posse (vel re)*:[4] *vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse.* § 1. *Sed etiam tacite consensu convenire intellegitur: et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit.*

Daß das Prinzipium überarbeitet ist und Labeo, beziehungsweise Paulus nicht ein so unbeholfenes Latein geschrieben haben können wie *convenire posse . . . inter absentes quoque posse,* liegt auf der Hand. Positiv läßt sich feststellen, daß Labeo den Begriff pactum conventum und innerhalb desselben den der conventio erläuterte, und zwar vermutlich wie später Ulpian in D. 2, 14, 1, 1—3, im Sinne von consensus.[5] In diesem Zusammenhange bemerkte er oder

---

[1] Auch Guarneri-Citati, Miscellanea exegetica (Annali dell' Istituto giuridico dell'università di Perugia, 37 [1924] Sep.-Abdr.), 74 hat jüngst das tacitum pactum unserer Stelle beanstandet, aber im wesentlichen nur aus formalen Gründen.

[2] Gaius, II., 252, C. 4, 39, 2, Carac. Beachtenswert übrigens, mit welchem Nachdruck der Kaiser die Partei aufmerksam macht, daß der Erbschaftskäufer als solcher den Nachlaßgläubigern nicht haftet. Auch in unserer Stelle ist es vom Standpunkte des klassischen Rechtes aus überflüssig, zu betonen, daß der Erbschaftskäufer *spontanea voluntate* sich eingelassen habe. Sollen wir volksrechtliche Anschauungen vorauszusetzen haben, nach denen analog wie heute nach § 2382 BGB. der Erschaftskäufer unmittelbar den Nachlaßgläubigern haftet? Vgl. auch das Scholion *τῇ παραγραφῇ* (Heimbach, I., 643) zu Bas., 11, 1, 63 (= C. 2, 3, 2): *τοῦς ἀγοραστὰς . . . κληρονομίας καὶ νεμομένους ταύτην τὰς παρ' αὐτοὺς καὶ τῶν τοιούτων ὑφίστασθαι δίκας.*

[3] Auch das S. 154[6] zitierte Scholion bemerkt, daß ein *φάκτον κατὰ δόλον* vorliege.

[4] Interpoliert nach Perozzi, Obbligazioni Romane, 33.

[5] Manenti hat in seiner Schrift „Contributo critico alla teoria generale dei pacta" (Studi Senesi, 7 [1890], 85f., 8 [1891], 1f.) die These verfochten, daß pactum und conventio zu trennen seien, insoferne pactum nur den Klageverzicht, conventio aber generell jede Vereinbarung bezeichne. Er hat Widerspruch bei Ferrini, Filangieri, 17, 65f., gefunden, ist aber vor einigen Jahren mit einigen leichten Änderungen wieder auf seine Lehre zurückgekommen (Studi Senesi, 31 [1915], 203f.). Ich glaube, ihm in einer Reihe von

Paulus, daß eine conventio auch unter Abwesenden durch Brief oder Boten möglich sei. Daß aber Paulus fortfuhr: *sed etiam tacite consensu convenire intellegitur,* dürfte auch dann sehr unwahrscheinlich sein, wenn wir nicht die Vorliebe der Byzantiner für den tacitus consensus kennten. Schon der Ausdruck *consensu convenire,* der eine glatte Tautologie enthält, wie wenn wir etwa sagen würden „durch Willensübereinstimmung einig werden", ist im Munde eines Klassikers kaum möglich.[1] Sehr fraglich ist endlich das für das pactum tacitum gebrachte Beispiel. Für Julian (D. 34, 3, 3, 2, oben S. 147f.)

Punkten zustimmen zu können und befinde mich hiebei im Einklange mit Bonfante, Scritti, III., 144. Ich nehme vor allem mit beiden als Rubrik des Edikts *„pacta conventa . . . servabo"* (D. 2, 14, 7, 7; Lenel, Ed.², 64f.) *de pactis conventis* an entgegen Lenel, 64⁵: *de pactis et conventionibus,* schon aus dem Grunde, weil es kaum verständlich wäre, daß der Prätor im Edikt selbst einen andern Terminus technicus gebrauchte als in der Überschrift. Ich glaube ferner, daß sich das Edikt von Haus aus nur auf streitbeendende pacta bezog, wofür vor allem seine Stellung zwischen den Edikten *de edendo* und *de in ius vocando* ins Gewicht fällt, nicht minder aber die feststellbare älteste Verwendung von *pacisci, pacere,* die auf den Sühnevertrag hinweist, durch den die Haftung, namentlich ex delicto, ein Streit beendigt und an Stelle des Kriegszustands der Haftungsrealisierung wieder der Friede hergestellt wurde. Insoferne ist der von Ulpian in fr. 1, 1, D. 2, 14, hervorgehobene Zusammenhang mit *pax* nicht nur etymologisch, sondern auch sachlich richtig (Bedenken allerdings bei Bonfante, a. a. O. 145²). Gewiß war dieses Friedensgeding ein Vertrag. Aber das konsensuale Moment trat juristisch nicht in den Vordergrund, zumal wenn unsere Vermutung (oben S. 135³) richtig sein sollte, daß nicht der Vertrag allein, sondern nur in Verbindung mit realer Leistung der Buße, des Lösegeldes die Haftung beendigte. Von diesem Gesichtspunkte aus ergibt sich auch eine Erklärung für den vom Prätor gebrauchten Ausdruck *pactum conventum,* die ich bei Manenti und auch sonst vermisse. Der Prätor ediziert, daß er in Hinkunft nicht bloß dem von der realen Leistung begleiteten und zivilrechtlich anerkannten Sühnevertrag *(pactum),* sondern auch dem bloß vereinbarten *(conventum)* pactum Beachtung schenken werde. Er hat also keinen neuen Begriff geschaffen, sondern nur eine zivilrechtliche Form nachgelassen, ähnlich wie er dies in dem Edikte *„de bonorum possessione secundum tabulas"* (Lenel, Ed.², 336) bezüglich des Testaments getan hat. Das Adjektiv *conventum* (in diesem Sinne Manenti, Studi Senesi, 31, 219) hat also von Haus aus nur negative Bedeutung, indem es ein Minus an den zivilrechtlichen Requisiten bezeichnen und so den formlosen Sühnevertrag in Gegensatz stellen will zum realen, beziehungsweise durch Bürgschaft (Stipulation) gesicherten Friedensgedinge des Zivilrechts. Die römische Jurisprudenz aber hat aus diesem Worte den allgemeinen Begriff der conventio geschaffen und so das pactum über seinen ursprünglich eng gesteckten Geltungsbereich hinaus ausgedehnt. Diese weitere Bedeutung von pactum muß auch Manenti, a. a. O. 209, 253, zugeben. Daher sind die Erörterungen in D. 2, 14, 1, 3 über *conventio* zwar nicht Kommentar zu einem Ediktsworte, wie Lenel, l. c. will, aber noch weniger, wie Manenti, a. a. O. 239f., 245, behauptet, eine Digression des „verboso Ulpiano".

Aus all dem folgt aber keineswegs, daß die Beziehung von *pacisci* zum Konsens nicht ursprünglich, sondern, wie Manenti will, nur eine abusive sein soll. Dagegen mit Recht Bonfante, a. a. O. 144. Vgl. auch D. 47, 22, 4, Gaius, eine Stelle, die schon für die Zwölftafeln für *pactio* die Bedeutung „Vereinbarung" sichern dürfte und die in diesem Sinne von Ferrini, a. a. O. 67, mit Recht verwertet wurde.

[1] Für die Unechtheit dieser Worte auch Bonfante, Scritti, III., 159.

hat die Rückgabe des Schuldscheins nur exceptio doli zur Folge. Allerdings besteht insoweit ein Unterschied, als in D. 34, 3, 3, 2 der Schuldner den Schuldschein erst nach dem Tode des Schenkers erhält, aber wie die exceptio pacti der Geminata D. 39, 6, 18, 2 zeigt, hat dies die Byzantiner nicht abgehalten, ein pactum tacitum zu unterstellen.[1]

V. Damit ist das Quellenmaterial, soweit ich es übersehe, erschöpft. Es läßt zwei Gruppen deutlich unterscheiden. Die eine umfaßt konkludente Handlungen (Rückgabe des Schuldscheins, Annahme noch nicht fälliger, geringerer Zinsen u. dgl.), bei denen die Klassiker mit der exceptio doli operierten, während die Byzantiner ein pactum tacitum de non petendo annahmen, die andere aber Fälle, in denen die Byzantiner strenger als die klassischen Juristen, die ohne Bedenken ein pactum für gegeben sahen, nur ein pactum tacitum gelten ließen. Hierher gehören die ungültige Akzeptilation, die als pactum de non petendo aufrechterhalten wird, desgleichen wohl auch die nichtige Novation (D. 46, 2, 8 pr., oben S. 138[3]), ferner das der bedingten Novation zugrunde liegende pactum de non petendo, das uns im ersten Teil unserer Untersuchung beschäftigt hat, überhaupt wohl das pactum, das, der Lehre des Sabinus folgend, die klassischen Juristen den Formalgeschäften des ius civile unterstellten.

Hier scheint ein Widerspruch zu klaffen. Kein Zweifel, daß in den letztgenannten Fällen, ebenso wie bei denen der ersten Gruppe, keine — oder wenigsten nicht immer — ausdrücklichen Willenserklärungen vorliegen. Warum also in der ersten Gruppe die exceptio doli, in der zweiten die exceptio pacti? Scheinen nicht die Byzantiner konsequenter zu sein, wenn sie in beiden Gruppen ein pactum tacitum annehmen und daher die exceptio pacti gewähren? Die Lösung geben die Quellen selbst, und zwar in dem Begriff der für das pactum wesentlichen conventio, wie ihn Ulpian in D. 2, 14, 1, 3 definiert.

Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt.[2]

Demnach ist das Wesen des pactum der Konsens, aber der Konsens negotii contrahendi causa, d. h., er muß in Handlungen hervortreten, die geschäftlichen Charakter haben.[3] Daß dieser Konsens ein ausdrücklicher im heutigen Sinne sei, ist natürlich nicht erforderlich und würde dem Begriffe des consensus widerstreiten. Konkludente Handlungen aber sind keine geschäftlichen Handlungen, fallen daher nicht unter den Begriff des convenire und sind zur

[1] Eine andere Frage ist es, ob § 1 ersatzlos zu streichen ist. Die exceptio conventionis insbesondere haben die Kompilatoren kaum frei erfunden, da sie nicht ihrem Sprachgebrauch, sondern eher dem der älteren Juristen entspricht. Vgl. Krüger, 134f. Es wäre daher möglich, daß Paulus oder Labeo den Fall des § 1 erwähnten, aber nicht als Beispiel für eine conventio, sondern als Gegensatz zu ihr, und dabei bemerkten, daß nicht die exceptio conventionis, sondern die exceptio doli in Frage komme.

[2] Insoweit ist die Stelle gewiß echt. Vgl. auch Betti, BIDR., 28, 42. Anderer Meinung anscheinend Schulz, SZ., 43, 213[1].

[3] Zum Begriff des negotium Mitteis, Röm. Privatrecht, I., 147f.

Begründung eines pactum untauglich. Sie sind für die Klassiker überhaupt keine Willenserklärungen. Allerdings gestatten sie nach der Beurteilung gemäß der bona fides, einen Schluß auf einen bestimmten Willen. Aber dieser Wille ist für die Klassiker kein subjektiver, den der Handelnde durch den Gegenbeweis, daß seiner Handlung in concreto der bestimmte Wille nicht zugrunde lag, beseitigen könnte,[1] sondern ein objektiv-typischer in der Weise, daß der Handelnde, wenn er sich späterhin mit seiner Handlung in Widerspruch setzt, der exceptio doli gegenübersteht. Novation, Delegation, Akzeptilation, Bestellung einer Servitut aber, selbst wenn sie in concreto aus formalen Gründen unwirksam sind, sind negotia und daher kann in ihnen auch der Tatbestand eines pactum enthalten sein.[2] Für die Byzantiner ist nicht der Begriff des negotium, sondern der der Willenserklärung entscheidend, die entweder ausdrücklich oder stillschweigend ist. Das entspricht ja ihrer Neigung, bei Rechtsgeschäften unter Lebenden den Geschäftswillen, bei Verfügungen von Todes wegen die voluntas defuncti zu betonen.[3] Von diesem Standpunkte aus konnten sie in der konkludenten Handlung ohne Schwierigkeit eine stillschweigende Willenserklärung finden, sie mußten sie aber auch dann annehmen, wenn ein negotium mit nicht expliziter Erklärung vorlag, das für die Klassiker pactum war, für die Byzantiner aber konsequent pactum tacitum sein mußte. Wer die Probe auf das Exempel machen will, lese den Kommentar des Anonymus zu D. 2, 14, 1, 3 bei Heimbach, I., 553, nach. Der Begriff des negotium ist verflüchtigt. Conventio ist schlechthin der obligatorische Konsens geworden, mag er ausdrücklich oder stillschweigend durch konkludente Handlungen erfolgen.[4]

---

1 Es wäre verlockend, von diesem Standpunkte aus die moderne Lehre von Willenserklärung und Willensbetätigung, wie sie v. Tuhr, Allg. Teil des deutschen bürg. Rechts, II.1, 404f., Allg. Teil des schweiz. Oblig.-Rechts, I.1, 135f., entwickelt, zu überprüfen. Gegen ihn Enneccerus, Lehrb. des bürgl. Rechts, I., § 144[5].

2 Damit gewinnen wir eine weitere Stütze für unsere Annahme, daß die Vorwirkungen der bedingten Novation bei nicht delegierter Expromission nicht eintreten konnten. Denn es fehlte hier an dem negotium, das die Grundlage für ein pactum bilden könnte.

3 Vgl. Partsch, SZ., 42, 240f., 261[2]; Pringsheim, ebenda 273f. Für die Verfügungen von Todes wegen neuestens Donatuti, Dal regime dei verba al regime della voluntas, im BIDR., 1925, 187f.

4 *Κονβεντίων ἐστὶ κυρίως πᾶν, ὅπερ ἐπὶ συστάσει ἢ ἐπὶ λύσει γίνεται ἐνοχῆς, ἐξ ὧν γίνεται, ἢ λέγεται, ἢ γράφεται, ἢ νοεῖται, δηλούμενον.*

INHALT.





UNIVERSITÄTS - BUCHDRUCKEREI
„STYRIA“ IN GRAZ

